

اللكهنود
فتحي الدريني

النظريات الفقهية

حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة لجامعة دمشق

الطبعة الثانية

النظريات الفقهية

مفردات المعهاج المقرر وفق الخطة الجديدة ،

١ - نظرية الحق والتعسف في استعطاله ،

٢ - نظرية الظروف الطارئة ،

٣ - نظرية المسؤولية التقصيرية والعقدية ،

٤ - نظرية العقد واثره ،

٥ - الباعث في العقود ،

٦ - قواعد الحكم في الاسلام ،

النظريات الفقهية

مفردات المعهاج المقرر وفق الخطة الجديدة ،

١ - نظرية الحق والتعسف في استعطاله ،

٢ - نظرية الظروف الطارئة ،

٣ - نظرية المسؤولية التقصيرية والعقدية ،

٤ - نظرية العقد واثره ،

٥ - الباعث في العقود ،

٦ - قواعد الحكم في الاسلام ،

قواعد الحكم في الاسلام

=====

١- ليست السياسة في التشريع الاسلامي امرا^(١) عارضا
الجات الظروف الى اتخاذ سبيلا لتدبير شئون المسلمين في مجتمعهم
الجديد في (المدينة) بعد الهجرة ، وانما كانت استمرارا لما بدأ
أولا في مكة قبل الهجرة ، ابان ظهور الدعوة ، يؤكد هذا بيعتنا
العقبة ، الاولى والثانية^(٢) ، اذ كانت كل منهما عقدا تاريخيا حقيقيا
بين الرسول - صلى الله عليه وسلم - وبين وفود من المدينة ، قامت
على أساسه الدولة الاسلامية^(٣) ، وكانت الهجرة احدى النتائج التي
ترتبت عليها^(٤) ، بأمر الله عز وجل .

اذن لم يكن عقد البيعة - في الاسلام - وهما ، على النحو الذي
رأينا في فلسفة اصحاب نظرية : (العقد الاجتماعي) من مثل جان
جاك روسو ، وهوبز ، ولوك ، وودان ، وغيرهم ، اذ لم يثبت
تاريخيا ان مثل هذا العقد المزعوم : قد وقع فعلا ، وكان أساسا
لنشوء الدولة في ازمانهم .

واما بعد الهجرة فقد رأينا من مظاهر سيادة الدولة من الناحية

(١) كانت هذه دعوى بعض الكاتبيين المحدثين هو القاضي الشرعي

المصري علي عبد الرزاق في كتابه الاسلام واصول الحكم - ص

(٢) سيرة ابن هشام : ج ٢ ص ٤٠ وما يليها .

(٣) النظريات السياسية : ص ٢٠ الدكتور نجيب الدين الريس

(٤) محاضرات في تاريخ الامم الاسلامية : ج ١ ص ٨٠ وما يليها .

للاستاذ محمد الخفري .

قواعد الحكم في الاسلام

=====

أ- ليست السياسة في التشريع الاسلامي امراً^(١) عارضاً
الجأت الظروف الى اتخاذ سبيلا لتدبير شئون المسلمين في مجتمعهم
الجديد في (المدينة) بعد الهجرة ، وانما كانت استمراراً لما بدأ
أولاً في مكة قبل الهجرة ، ابان ظهور الدعوة ، يؤكد هذا بيمتسا
العقبة ، الاولى والثانية^(٢) ، اذ كانت كل منهما عقدا تاريخيا حقيقيا
بين الرسول - صلى الله عليه وسلم - وبين وفود من المدينة ، قامت
على أساسه الدولة الاسلامية^(٣) ، وكانت الهجرة احدى النتائج التي
ترتبت عليهما^(٤) ، بأمر الله عز وجل .

اذن لم يكن عقد البيعة - في الاسلام - وهما ، على النحو الذي
رأينا في فلسفة اصحاب نظرية : (العقد الاجتماعي) من مثل جان
جاك روسو ، وهونز ، ولوك ، هودان ، وغيرهم ، اذ لم يثبت
تاريخيا ان مثل هذا العقد المزعوم : قد وقع فعلا ، وكان اساسا
لنشوء الدولة في ازمانهم .

واما بعد الهجرة فقد رأينا من مظاهر سيادة الدولة من الناحية

(١) كانت هذه دعوى بعض الكاتبيين المحدثين هو القاضي الشرعي

المصري علي عبد الرزاق في كتابه الاسلام واصول الحكم - ص

(٢) سيرة ابن هشام : ج ٢ ص ٤٠ وما يليها .

(٣) النظريات السياسية : ص ٢٠ الدكتور نجيب الدين الريدي

(٤) محاضرات في تاريخ الامم الاسلامية : ج ١ ص ٨٠ وما يليها .

للاستاذ محمد الخضري .

العملية ، ما يثبت قيام الدولة فعلا ، وليس أدل على ذلك من توافر عناصرها ، من المجتمع والتشريع ، والموطن ، والسلطة الحاكمة - اذ لم يثبت ان كان لغير الرسول - صلى الله عليه وسلم - سلطة على هذا المجتمع الجديد ، او تسيير شئون الحكم فيه .

وأيا (الصحيفة) تعتبر اول دستور لهذه الدولة الناهضة .

يوكد ما قلنا ان مقان السياسة لم تكن امرا عارضا يحكم الظروف الجديدة في المدينة بعد الهجرة ، كما زعم بعض المستشرقين ومن جاراتهم من الكتاب السرب المحدثين ، وانما كانت استمرارا لما وقع قبلها ، وكانت الهجرة احدى نتائجه ، فالسياسة تقوم على آكد الاصول في الاسلام على ما بينا ، وما سيأتي تفصيله .

ولا يعكز على هذه الاصول ، ان الدولة الجديدة تستند اساسا الى عقيدة دينية ، وذات اهداف ومقاصد دينية ، لان النظر من هذا الوجه نظوة مبتسر لا يلغي الوجه الاخر الذي اكتملت فيه مظاهر سيادة الدولة باجلى معانيها ، اذ الاسلام يجمع بين شئون الدنيا والدين كما يجمع بين الاولى والاخرة ،

نم ظهرت الدعوات في اول امرها - قائمة على اصول الكيان الاهتقادي ، والعبادي بمعناه الخاص ، والخلقي ، وهذه بمجموعها تمثل الاصل العام الذي تستند اليه سائر الكيانات التي تم ابتناؤها في المدينة بعد الهجرة ، كالكيان الاجتماعي والاقتصادي والسياسي وحين توافرت المقومات الاساسية للدولة ، من الارض ، والمجتمع ، والتشريع والسلطة الحاكمة ، فكانت هذه استمرارا متصلا لما بدى اولاً ، كما اسلفنا .

أول دستور للدولة الجديدة في المدينة (الصحيفة)^(١)

هذا ، وقد وضع الرسول - صلى الله عليه وسلم - اثر هجرته الى المدينة ، اول دستور^(١) للدولة الجديدة على نحو لم يكن معهودا في الفكر السياسي في ذلك العهد بعد أن توافرت عناصر الدولة من الاقليم ، والامة والتشريع والسلطة القائمة بتنفيذ .

على ان هذا الدستور بوجه عام - على الرغم من نسخ بعض احكامه العامة بالتشريع السياسي اللاحق - يعتبر بحق ميثاقا دوليا من حيث مفاهيمه العامة ، بما تصلح لاقامة علاقات دولية ، في عصرنا هذا ، لما يمتاز به من خصائص انسانية عامة ، وبما يقوم عليه ، من العدل المطلق والنسوية بين البشر في الاعتبار الانساني ، وتقرير المساواة بين الشعوب تأسيسا على وحدة الاصل ، وتحريم الاستعلاء بالعنصر ، وما استلزم هذا الاستعلاء من التوسع المدواني ، مما سيأتي تفصيل القول فيه .

-
- (١) راجع الوثائق السياسية : ص ١٠ للدكتور حميد الله .
 - (٢) الدستور نقصد به القواعد الاساسية العامة التي يقوم عليها الحكم - وقد اطلق عليه (الصحيفة) - سيرة ابن هشام : ج ١ ص ١٤٩ - وراجع نصوص هذه الصحيفة محققة في كتاب الوثائق : ص ٥٥ حميد الله - وقد نسخ بعض من قواعد الصحيفة ، كالارث بالمواخاة فاصبح بالقرابة والزوجية ، ومن مثل وجوب القتال على مواطني الدولة من اليهود فاصبح على المسلمين خاصة ، لما ثبت من مكروهم وعدم اخلاصهم للدولة وكذا ، سلخ حق المواطنة عن العربي المشرك ، فاصبح لا يقبل منه - لاكتساب هذا الحق الا الاسلام .

ثم تتابع نزول التشريع السياسي بعد ذلك وحيا ، يرسى قواعد
الحكم الصالح العادل ، ويحدد مقاصده الموضوعية^(١) المجردة في
المجتمع البشرى كله .

وجوب اقامة الدولة ، وجهاز الحكم فيها ، ثبت بالتشريع الاسلامي

نفسه ، كتابا وسنة وبالاجماع والمعقول .

١ - وجوبها بالاجماع :

هذا ، وقد ثبت وجوب اقسمة الدولة ، وتولية من يمثلها عملا
بالاجماع ، فضلا عن الكتاب ، والسنة ، والمعقول .
يقول الامام الماوردي في هذا الصدد : " وعقد^(٢)ها لمن يقوم بها
في الامة واجب الاجماع^(٣) " وهو اجماع الصحابة والتابعين .

- (١) يقصد بالموضوعية ، المنزهة عن الفرض العنصري ، او الهوى
الاقليمي ، او المصالح الشخصية اي المجردة عن جميع المنازح
والاهواء الخاصة قال تعالى " ولو اتبع الحق اهواءهم لفسدت السموات
والارض ، ولا ريب ان الانانية العنصرية او الاستئثار الاقليمي او المصالح
الذاتية دون حق من اسباب استتراء الفساد في الارض واثارة
الحروب المدمرة ، والاستعمار الظالم .
واساس الفساد في هذا هو الخيب باستواء ميزان الحسب
والعدل المطلق القدي وضعه الاسلام .
- (٢) يعني عقد " الامامة " وهي الحكومة التي تقوم على اساس الشرع
الاسلامي .
- (٣) الاحكام السلطانية - ص ٥ - للماوردي .

واجتماع الصحابة أكد الاجماع على وجوب اقامة الدولة ، وادارة الحكم فيها ، ولقد تقرر هذا تاريخيا في اجتماع السقيفة ، انه لم يخالف احد الصحابة في أصل اقامتها وان اختلفوا في صفات الشخص الذي يستحق توليها ، وحين قال ابو بكر الصديق : " لا بد لهذا الامر من قائم يقوم به ، فانظروا ، وهاتوا آراءكم (١) " لم يخالف احد ، او ينكر عليه هذا القول ، فكان اجماعا ، ودليلا قاطعا على وجوب اقامتها .

ب - ادلة وجوبها بالكتاب والسنة :

١- اما الكتاب فلقوله تعالى : " يا ايها الذين امنوا اطيعوا الله ، واطيعوا الرسول وأولي الامر منكم " وقوله تعالى : " ولتكن منكم امة ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر " .
ووجه الاستدلال بالاية الاولى ، ان أولي الامر ، هم اصحاب الشئون (٢) ولا شأن اعظم من الولاية العامة ، فكان من يتولاها اجدر بالطاعة ، فدل ذلك لزوما على توليته ، واما وجه الاستدلال بالاية الثانية ، فلا ان الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، هو الشريعة كلها ، وتنفيذ الشريعة واجب ، فمن يتوقف عليه القيام على الشريعة بتنفيذ احكامها ، من المسلمين تجب اقامته بالنص الأمر ، كما تجب طاعته ، لانها طاعة الله في امره وهو له . هم أولو الامر ، ولان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب .

(١) المواقف في شرح الجرجاني - ج ١ ص ٢٤٤ وانظر الشهرستاني في كتابه نهاية الاقدام - ص ٤٧٩ - والنظريات السياسية - ص ٢٠ للدكتور الرئيس . هذا والقيام بتهمة الحكم فرض على الكفاية . (٢) لان لفظ الامر ، مفرد معرف بال الاستغراقية ، وهي المعموم وان كان الامر بمعنى الشأن فأولوا الامر هم اصحاب الشئون في الامة .

٢- وأما السنة ، فقد علمت ما كان من امر بيعتي العقبة ، قبل

الهجرة ، والصحيفة بعد الهجرة .

وكذلك ورد من السنة القولية احاديث صحيحة تفيد بمجموعها وجوب

اقامة الدولة ، ووجوب طاعة اولي الامر فيها ، فيما عدا الامر بالمعصية

لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق " .

ج - وأما وجوبها بالمعقول ، فلان الامة " التي اوجب الكتاب

العزيرز قيام وحدتها ، بقوله تعالى : (واعتصموا بحبل الله جميعا

ولا تفرقوا) وقوله سبحانه (وان هذا صامتكم واحدة) كفرض من اعظم

فرائض الدين ، لا يمكن تحقيق وحدتها هذه في مجتمع سياسي منظم

واقعا وما يستلزم ذلك من وجود سلطة قائمة على القوة والمنعة ، لحفظ

كيان الامة وسيادتها في الداخل ، باستقامة امرها ، واستتباب الامن

فيها ، واقامة العدل الشامل فيما بينها ، صونا للنفوس ، والاموال

والاعراض ، وقطع سائر الفوضى والتنازع والتظالم وتعزيز تلك السيادة

في الخارج ايضا ، على الصعيد الدولي ، بتحسين حدودها ، وسد

ثغورها بالجند المرابط ، اقول لا يمكن تحقيق ذلك عملا : الا بالدولة

وايضا ، الغرض من انزال الشريعة هو تحقيق مقاصدها في الخلق

ولا يتم ذلك الا بتنفيذها ولا يمكن ان يتم الا بالدولة فكانت اقامتها

واجبة لذلك ، بالهداهة .

وما يروك هذا ايضا ، ان التشريع الاسلامي ، قد تضمن كثيرا

من مظاهر سيادة الدولة على الصعيد الدولي ، من مثل قواعد

الجهاد " الحرب " والسلم ، وابرام المعاهدات ، ومعاملات الاسرى

وغير ذلك ، كما تضمن من مظاهر سيادتها في الداخل ، من مشبل

اقامة الحدود ، والتعازير ، استئصالا لشأفة الجرائم ، وعملا على استتباب الامن العام ، ومن مثل قواعد نظام الاسرة ومبادئ الاقتصاد والمعاملات واقامة العدل الشامل وانشاء مرافق الدولة التي تعتبر فروضا كفاية عامة وفي مقدمتها مرفق القضاء وتنفيذ الاحكام وتطبيقها عملا ، امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر اقول لا يمكن ان يتم تحقيق ذلك كله عقلا دون دولة قائمة ، بجهازها الحاكم .

ومن مقررات الشرع المحكمة التي تعتبر من اهم قواعد سياسة التشريع في الاسلام ، أن " ما لا يتم الواجب الا به ، فهو واجب " فكل ما لا يتم مصلحة الامة الا به فهو واجب تحقيقه واقعا وعملا .

وفي هذا المعنى يقول الامام الماوردي : " وبعض الفقهاء اوجبها عقلا ، لما في طباع العقلاء من التسليم لتزيم يمنعهم من التظالم ويفصل بينهم في التنازع والتخاصم ، ولولا الولاة ، لكانوا فوضى مهملين وهنجا مضاعين " (١) .

ولذا ، نرى ائمة الفقه السياسي الاسلامي ، من مثل الامام الجرجاني ينتهي به اجتهاده الى ان اقامة الدولة من اعظم مقاصد الدين ، ان يقول : (نصب الامام من اتم مصالح المسلمين ، واعظم مقاصد الدين) (٧) .

وكذلك يرى الامام الغزالي أن (السياسة) في الاسلام ، اصل من اشرف الاصول التي لا قوام للمالم الا بها ، على حد تعبير الامام الغزالي ، لانها تستهدف استصلاح البشر ، دون تمييز

(١) الاحكام السلطانية : ص ٥ وما يليها - للماوردي .

(٢) - الحدائق على المقاف : ج ٨ ص ٣٤٦ .

تحقيقا لانسانية الانسان ، وعبارة الدنيا ، واقامتها على اساس من الحق والعدل المطلق ، والفضائل والوحدة الانسانية ، ومصحتها العليا ، وما يستلزم ذلك من تحقيق (التكافل) الانساني الملزم في مجالات الحياة كلها عملا ، والتعاون النشمر على الصعيد الدولي يهتدى الوسائل الممكنة ، على الرغم من اختلاف الدين ، كما اشرنا وهذا هو التواصل الحضارى ، بما يكفل اسباب الامن والاستقرار ، والتكافؤ ، ويصون حرية الاعتقاد ، في العالم كله لقوله تعالى : (لا اكراه في الدين ، قد تبين الرشد من الغي) ولقوله تعالى : (ولو شاء ربك لامن من في الارض كلهم جميعا ، أفأنت تكفر بالنامن أن يكونوا مؤمنين) .

وبذلك قضى الاسلام على جميع اسباب الاضطراب العالمي ، من العنصرية ، وبتبدأ مصلحة الاقوى ، وسياسة الامر الواقع وما يسوغ ذلك من التوسع العدواني ، والاستعمار الاقتصادي والسياسي للشعب المستضعف المقهورة في الارض ، اناية وشعبية واستعلاء عنصريا .

وهذا ما أشار اليه الامام الغزالي ايضا ، مؤكداً ان اقامة الدولة من ضروريات الشرع ، لتوقف استقامة نظام الدين ونظام الدنيا معا على وجودها بل وتوقف الظفر بسعادة الاخرة على قيامها ايضا ، حيث يقول : " فبان أن السلطان (الدولة وجهاز الحكم فيها) ضرورى في تنظيم الدنيا ضرورى في نظام الدين ، ونظام الدين ضرورى في الفوز بسعادة الاخرة ، وهو مقصود الانبياء قطعا ، فكان وجوب نصب الامام (١)

من ضروريات الشرع الذي لا سهيل الى تركه ، فاعلم ذلك * (١) .
فالتيجة المنطقية (٢) لمقدّمات الامام الغزالي - كما ترى - أن
نظام الدنيا - وهو الدولة وسلطانها وجهاز الحكم فيها - اساس
للدنيا والدين والسعادة الاخرى ، وفي هذا من رفع شأن الدولة
وبيان ضرورتها القسوى في حياة الامة ، كقالة لاستمرار تبليغ التشريع
وتطبيقه وتحقيق مقاصده ما لا يخفى .

ثم ينتهي الامام الغزالي الى ان اقامة الدولة مما انعقد علي
وجوبها اجماع الانبياء وهي مقصودهم قطعا .
وأكد الغزالي ضرورة الدولة للدين ، وان التلازم بينهما لا ينفك
ان لا يستقيم امرأى منهما دون الاخر ، فهما صنوان حيث يقول
في موضوع آخر من مؤلفاته ما نصه : (لا يتم الدين الا بالدنيا ولذلك
قيل : الدين والملك توأمان ، والدين اصل والسلطان - الدولة -
حارس وما لا اصل له فسهوم ، وما لا حارس له فضائع (٣)
هذا النظر من قبل فلاسفة السياسة المسلمين ، ينطلق مما
استقر في اذهانهم ، من تصور او مفهوم للدولة ، مستقى من مبادئ

-
- (١) - الاقتصاد في الاعتقاد : ص ١٠٦ وانظر في هذا المعنى ايضا
: العقائد النفسانية بشرح الكفتازاني ص ١٤٠ وما يليها -
وابن خلدون - وفي مقدمته ص ١٤٩ وما يليها
(٢) انظر في هذا التلازم بين الدين والدنيا ، في التشريع الاسلامي
السياسي الذي أكد عليه الامام الماوردي ، كتابه (ادب الدين
والدنيا - ص ١١٠ وما يليها .
(٣) الفوضى دليل التخلف والبدائية والضعف وضياع الحق وانهايا والمعدل
واستشراء الفساد والظلم وهذا ليس من المدنية والحضارة في شئ .

الاسلام ومثاليته ، وهو تصور " حضارى " .
وبيان ذلك ، ان تعليلهم يشعر بان وجوب اقامة الدولة لدفع
الفوضى وتجنب تسافك الدماء والحيلولة دون التظالم والاعتداء على
الاموال والاعراض ، ولاقامة عدل الشريعة المطلق ، بما قد منا من
خصائص ومثل ، لاجرم ان هذا النظر ينطلق من مفهوم (حضارى
انسانى عام) قوامه العدل ، والحق والمساواة والفضيلة والنظام
والمصلحة الانسانية العليا ، كما بينا .
على ان هذا النظر يفسر لنا ايضا ظاهرة اهتمام فلاسفة السياسة
في الاسلام بشخصية رئيس الدولة التي احتلت مكانا بارزا في بحوثهم
لان الشخصية المعنوية للدولة وخصائصها ، تتمثل واقعا وعملا في
شخصية رئيسها الاعلى وجهاز الحكم فيها من وزرائه وموظفيه الذين
ينبغي ان يراعي في توليهم كفاءات تتعلق بطبيعة وظائفهم وعلى ارفع
مستوى ، يتفق وطبيعة المناصب الرفيعة الحساسة التي يتقلدونها
في الدولة .

شخصية الانسان الفرد الخاصة والعامة لا يمكن تحقيقها الا في ظل

الدولة :

هذا وما يؤكد وجوبها ان شخصية الانسان الفرد ، الخاصة
والعامة ، لا يتمكن من تحقيقها عقلا وواقعا على اكمل الوجوه
فيما يقوم به من نشاط حيوى روحيا واجتماعيا وسياسيا واقتصاديا وعلميا
الا في ظل دولة فثبت ان قيام الدولة ضرورى لتحقيق المصلحة العامة
للمجتمع وتحقيق المطالب الفردية على السواء .

ولعل هذا هو السر في تمجيد الاسلام للدولة تعجيداً لم نره فيما بين ايدينا من مصادر الفقه السياسي الوضعي اوعلى النحو الذي قرره فلاسفة السياسة في الاسلام ، من مثل الامام ابن تيمية بقوله :

" فالواجب اتخاذ الامارة ديناً وقرية يتقرب بها الى الله (١) " .

تمجيد فلاسفة السياسة في الاسلام للدولة مشتق من عظم المنهات

والوظائف المنوطة بها

ويهدو تمجيد فلاسفة السياسة المسلمين للدولة ، من انهم اعتبروا رئيسها الاعلى قائماً مقام " النبوة " في حراسة الدين وسياسة الدنيا فهذا الامام الماوردي مثلاً يؤكد هذا المعنى بقوله وهو يصدد تعريفه للدولة او الحكومة التي تمثلها ، وتتولى مقاليد الحكم بأنها : (موضوعة لخلافة النبوة ، في حراسة الدين ، وسياسة الدنيا) (٢) .

ولهذا ، يشترط فيمن يتبوأ منصب الرئاسة - في نظر الامام الغزالي - ان يدرك طبيعة الولاية العامة ، وقدرها ، وخطرها ، أى ان يتفهم تبعاتها ووظائفها وأعباءها الجسام (٣) .

ولعل هذه الاعباء الجسام من السياسية والاجتماعية والاقتصادية والامنية التي القى بها الاسلام على عاتق الرئيس الاعلى وموظفيه تروى على المهام الدينية ، مما يجعل منه حاكماً سياسياً في المقام الاول في شرع الاسلام ، نجد هذا واضحاً فيما يقرر الامام الماوردي من مقومات الدولة الاساسية التي يجب تحقيقها ، وتتلخص فيما يلي :

- (١) السياسة الشرعية ص ٧٧ . ابن تيمية .
- (٢) الاحكام السلطانية : ص ٥ - للماوردي .
- (٣) التبر المسبوك : ص ٢٠ - للامام الغزالي .

أ - دين متبع : (أى لا ابتداء فيه ولا انحراف عن مقاصده
او تهاون في اقامته وتنفيذ احكامه) .

ب - سلطان قاهر : (أى سلطة وقوة ومنعة ، تحفظ الامن داخلا
وتحمي الحدود من اى عدوان ولا سيما من الجواو من الثغور) وهذا
يتمثل في الشرطة والجيش ، وما يتبعهما من اجهزة .

ج - عدل شامل : (بتنفيذ الشريعة والتشريع الاجتهادى لما
تحتاجه الامة من تبين الاحكام الشرعية فيما لا نص فيه - واقامة مرفق
القضاء - والحسبة وولاية المظالم) .

د - امن عام : (باستئصال شأفة الجرائم ، ومطاردة المجرمين
وقطاع الطرق وتحقيق التكافل عملا وحسبة في الامر بالمعروف والنهي عن
المنكر ، بقدر الطاقة واقامة الحدود ، والتعازير) . وهي العقوبات
التي استتبطت اجتهاداً فضلاً عن العقوبات المنصوصة .

هـ - خصب دائم : (أى العمل على استثمار الارض ، والعمال
بما يحققه على أكمل وجه وباستمرار ، وذلك انما يتم باتباع احدث الطرق
العملية في هذا الاستثمار توفيراً للحاجات الاساسية للامة والدولة .

و - أمل فسيح ^(١) : (عدم الجنوح الى التشاؤم ، او اليأس
فالثقة بالله تعالى يجب ان تكون متوافرة مع العمل الدائم) .
وهذه العناصر الاجمالية ، وعظمتها امور تتعلق بمظاهر سيادة

() ادب الدين والدنيا ص ١١٦ - ١١٧ للماوردى .

الدولة ، كما تسرى ، من تنفيذ التشريع القائم ، وتطبيق احكامه —
وبما يستلزم من الاجتهاد التشريعي في كل ما لم يرد فيه نص ، وفناء
لحاجة المجتمع المتزايدة ، من النظم واللوائح والاجراءات مما تقتضيه
مبادئ هذا التشريع واصوله العامة ، وهو ما يفيد قول الامام الماوردي
(دين متبع) .

هذا وهيمنة التشريع على الحاكم والمحكوم بينة ، وهو اهم مظهر
من مظاهر السيادة .

وايضا ، يتعلق بتلك العناصر ، اقامة العدل الشامل في جميع
مجالات الحياة : الاجتماعية والاقتصادية والادارية والسياسية ، وامام
القضاء .

وهذا ما يفيد قوله (عدل شامل)

أ- اما العدل الاجتماعي : فذلك ما يستحقه كل فرد في الدولة
من تأمين كفايته ، في الغذاء والكساء ، والسكن والمستوى الصحي
سواء اكان اجر عمله لا يكفيه ، ام كان عاجزا او فقيرا او شيخا هرميا
او طفلا يتيما . من اموال الزكاة وغيرها وهذا ضرب من التكافل الاجتماعي
الذي شرعه الاسلام ركنا اساسيا من اركان الدين الخمسة يتصل
بالمعقيدة ، وهو من صميم العدل الاجتماعي ، فالنظر كيفاتصل
العدل بالمعقيدة نفسها .

ب- واما العدل الاقتصادي : فبتحريم الربا ، والاستغلال
بجميع صوره ولا سيما عن طريق الاحتكار ، او الاضرار ، او عندم
الخبرة ، او الاضرار بالصالح العام ، وكذلك تحريم القمار والرشوة
والغش وسائر طرق الكسب غير المشروعة . ومن العدل الاقتصادي

اقرار حق الملكية بمفهومها الاجتماعي ، بما يمنع التعسف فيسه
على النحو الذي بسطناه ، سواء أكان اثر التعسف لاحقا بالفرد ام
المجتمع ، وكذلك اباحة التملك ، اداء للوظيفة الاجتماعية للحقوق
وفي اطار الصالح العام .

وأیضا ، اتاحة الفرص المتكافئة للنشاط الاقتصادي بالفردى ، و
المبادرة الفردية ، مع مراعاة حق الغير .

ج - وأما العدل الادارى ، والسياسى ، فاساسه تولية الاكفاء
في الوظائف العامة ، وتقديم الاكفاء على الكفاء ، دون محاباة ، لقوابة
او صداقة او موافقة في بلد ، أو لای سبب لا يتصل بالكفاءة ، لقوله
صلى الله عليه وسلم - (من ولى رجلا ، وهو يرى ان غيره خير منه
فقد خان الله ورسوله) . وقوله تعالى : " ان خير من استأجرت
القوى الامين "

وهذا مبدأ وضع الرجل المناسب ، في المكان المناسب .
- وكذلك التفاضل في العطاء والرواتب على اساس التفاوت في
الكفاءات ، عدلا ، فالجزاء على قدر العمل ، جودة وكفاءة ، عملا بقوله
تعالى : " وان ليس للانسان الا ما سعى " وقوله تعالى : " ولكل
درجات بما عملوا " وقوله تعالى : " ولا تبخسوا الناس اشياءهم "
هذا ويرى الامام " الطوسي " وجوب التحرى عن الشخصيات
ذوى الكفاءات ، للوقوف على مدى نزاهتهم ، اذا ما اريد تعيينهم
في الوظائف الحساسة في الدولة ، كيلا تتخذ هذه المناصب
الهامة وسيلة لاستغلال النفوذ ، او كسب المنافع الشخصية ، فيضر
بكيان الدولة ومصلحتها العليا ، ايما ضرر ، لخطورة المنصب ،
فاشترط كما يلبي :

- ١- ان يكون ذا كفاءة تتعلق بالمنصب العام الذي يتقلده .
 - ٢- ان يكون نزيها مترفعا عن استغلال المنصب لمنافع مادية
تعهد علي شخصه .
 - ٣- الا يجمع بين وظيفتين .
 - ٤- الا يجعل لعلاقات الصداقة تأثيرا على اعمال السياسة العامة .
 - ٥- ان يبتعد عن كل ما من شأنه الاضرار بمصلحة الحكم .
 - ٦- يحذر من تدخل نساء موظفي الدولة ذوى المناصب العالية
في شئون الحكم (١) .
- هذا وحق الشورى للأفراد الاكفاء ، حق سياسي ثابت شرعا ،
تمكننا لهم من المشاركة السياسية عملا ، تحقيقا لمواهبهم وملكاتهم
لما يتعلق بذلك من اجتناء الامة لثمرات جهود ابنائهم ولان حرمانهم
منها ، ظلم لها وضرار بها ، وهذا لا يجوز بالاجماع ، ولان الصالح
العام هو اساس مشروعية الولاية العامة ، للقاعدة العامة : " التصرف
على الرعية منوط بالمصلحة "
- د - واما العدل : امام القضاء ، فذلك مما لا يفتقر الى بيان
فالناس جميعا امام شرع الله سواء ، دون تمييز في الفقر او الغنى
، او الثراء ، او المنصب ، او العائلة ، او الطبقة ، فيجب تطبيق
حكم الله تعالي باطلاق ، تأدية لامانة الحكم وحق الله ، والاصل
في ذلك قوله تعالى : (ان الله يأمركم ، ان تؤدوا الامانات الى
اهلها ، واذا حكمت بين الناس ، ان تحكموا بالعدل) .

ومن ابرزها اعطاء كل ندى حق حقه ، وصيانة النفوس ، والاعراض والاموال ، ولقوله سبحانه : (يا ايها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ، ولو على انفسكم ، او الوالدين ، او الاقربين ، ان يكن غنيا او فقيرا ، فالله اولى بهما ، فلا تتبعوا الهوى ، ان تعدلوا وان تلوا او تعرضوا ، فان الله كان بما تعملون خبيرا) .
ولقوله - صلى الله عليه وسلم - (ولو ان فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها) وابوها رسول مصطفى ، والرئيس الاعلى للدولة وهذا ما يفيد قول الامام الماوردي من وصف العدل بالشعول ، كما اشرفنا .

وكل ذلك مقرر في هذا التشريع العظيم .
وهذه هي المساواة امام الشرع ، والمساواة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، واما التفاضل فلأنه يكون ، بالعمل الصالح ، وميل نحو جوده واثره ، وبالتفاوت في الكفاءات ، وبالعلم ، وبالتضحيات في الجهاد ولا يسهح المقام - لبيان الادلة .

وما يتصل بتلك العناصر الاجمالية ، اعداد القوة اللازمة لتعزيز سيادة الدولة داخلا وخارجا .
واما داخلا ، فلتحقيق استتباب الامن ، والنظام وتنفيذ التشريع .
واما خارجا ، فذلك يتم باعداد الجيش عدة وكفاءة قتالية ، على مستوى كل عصر اربابا للعدو ، وصيانة لحدود الدولة ، وسد شغورها بالقوة الضاربة ، والجند المرابط ، دفعا لاي عدوان مفاجئ ،
(واعدوا لهم ما استطعتم من قوة) . (خذوا حذركم)
واما الخصب الدائم الذي نوه به الامام الماوردي فهو اتخاذ

الاسباب الملائمة والناجعة للاستثمار والانتاج ، على أتم وجهه
وأوفره ، تحقيقاً للرخاء الاقتصادي ، وإذا كان هذا لا يتحقق إلا
باتخاذ أحدث الطرق العلمية ، فيجب المصير إليها لتعلق مصلحة
الامة بها ومعلوم ان ما لا يتحقق المصلحة العامة الا به ، فهو واجب
فيغد والعكوف على الطرق القديمة البالية في الاستثمار والانتاج
محرمًا شرعًا . لا ضراره بالصالح العام وهو سبب التخلف والضعف
فتبين لك ان هذه العناصر الاجمالية هي من مظاهر سيادة الدولة
داخلاً وخارجياً .

الدولة - في الاسلام - منشؤها التشريع الاسلامي نفسه ، كتابا
وسنة - كما رأيت كما وجبت اقامتها بالدلالة العقلية ، استلزاماً
اقتضائياً ، لمبادئه ومقاصده ، وكذلك جهازها الحاكم ، اداءً لحق
الله تعالى ، فتمثلت سيادة الدولة او حق الامر في هذا التشريع :

التشريع السياسي ، الاسلامي هو الذي أوجب اقامة الدولة
وجهازها الحاكم ، فرضاً كفاً^(١) وأوجب اختيار هذا الجهاز
بالشورى ، كما بينا .

وعلى هذا ، فان الدولة - في نظر الاسلام - منذ انشائها
تتعلق سيادتها بسيادة التشريع الاسلامي نفسه ، ان هو
المهيمن عليها وعلى المحكومين ، على السواء ، ان هو الذي قرر
الحقوق لكل منهما ، فقد اعطى للدولة حق الطاعة على الرعية
كما اعطى الرعية حقها على الدولة في تنفيذ شرع الله فيها ، فالتشريع

(١) المراجع السابقة .

اذن هو مصدر الحق لكل منهما - كما ترى ، وهو المهيمن على
تصرفاتها .

فالهدأ العام في النظام السياسي الاسلامي ان حق التشريع
لله تعالى وحده " ان الحكم الا لله " وهو مصدر الحقوق لكل من
الدولة والمجتمع والافراد على السواء .

فالدولة اذن ليست مصدرا للتشريع على النحو الذي يرى في
الدولة غير الاسلامية التي تحدد نظمها وقوانينها بارادتها الذاتية
بل الدولة في الاسلام ، محكومة بالتشريع الذي اقامها .

ويتفرغ عن هذا ، ان الاسلام يسوى بين الحاكم والمحكوم في
الحق ، لان كليهما يتلقى الحق من الله تعالى ، فالفرد عبد لله
لا للدولة ، وكلاهما يتوجه الخطاب الالهي اليه ، وعليهما تنفيذ
تكافلا ومن هنا تنشأ المسؤولية المتبادلة بينهما ، فكل منهما راع ،
ومستول .

على ان الدعوة الاسلامية نفسها ، تستلزم الدولة ، اساسا
لتطبيقها ، وحمايتها وتبليغها ، وازالة للعقبات التي تعترض
سبيل هذا التبليغ .

الحكومة - في نظر الاسلام - خاضعة للنقد والنزبه والتوجيه

والتقويم ورئيسها فرد عادي ، ليس له من الامر شيء ، الا القيام
بمهام التنفيذ ، واقامة العدل الكامل ، وحفظ الامن ، ورعاية الصالح العام

والمصالح الفردية على السواء ، وهو مسئول امام الامة ، صاحبة

المصلحة الحقيقية ، بحكم كونه نائبا عنها ، في القيام على وظائف

الدولة ، وسهامها الجسام ، فضلا عن مسئولية امام الله تعالى .

ليست الحكومة - في نظر الاسلام - حكومة (ثيوقراطية) كما يظن خطأ او ادعاء ، اى حكومة الهية معصومة ، قد انحدر اليها الحق الالهي المقدس المزعوم ، او التفويض الالهي الذي يجعل منها حكومة مطلقة المشهقة تتصرف في الحكم كيف تشاء ، لعصمتها وانعدام مسئوليتها الا امام الله وحده ، ومن دون الناس ، كل هذا ليس له أصل في الاسلام ، كما رأيت .

نعم : التشريع الهبي ، ولكن جهاز الحكم ، ليس الهيا ، بل هو منتخب عن طريق الشورى ، او عقد البيعة العامة الذي يوجب التزامات على كل من الحاكم والمحكوم ، طرفي العقد ، وكل منهما معرض للخطأ والصواب فيجب التناصح ، والتوجيه ، لقوله تعالى : (وتواصوا بالحق ، وتواصوا بالصبر) ولقوله تعالى : (المؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر) ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : (الدين النصيحة ، قالوا لمن يا رسول الله ، قال : لله ، ولرسوله ولائمة المسلمين وعامتهم) .

فالحكومة - في نظر الاسلام - حكومة مدنية عادية غير انها محكومة بشرع الله ، كما اسلفنا ، وخاضعة في تنصيبها وتوليقيها الحكم ، وفي تصرفها ، وتديريها السياسي في الامة ، لتوجيه الصفوة المختارة ، واهل التخصص ، والكفاءات العلمية المتنوعة واولي الرأي او الخبرة والبصيرة بشئون الحياة ، وهم من يطلق عليهم ، أهل الاختيار ، او اولو الامر^(١)

(١) الاحكام السلطانية : ص ٥ وما يليها - للماوردي .

أو أهل الحل والعقد^(١) الذين يمثلون العامة ، ومنهم الفقهاء
المجتهدون ، المتخصصون في التشريع والاجتهاد بالرأى .
على ان هذا الحق الالهي المقدس ، او التفويض الالهي المزعوم
مجرد فكرة ابتدعتها الفقه السياسي الاجنبي ، والفرنسي بالذات
في صدد بحثه نظرية (السيادة) لتبرير الحكم الاستبدادي ، او
تصرفات (الحاكم المطلق) ابان الصراع الذي كان محتدما بين
الملك والاباطرة والبابوات - كما هو معلوم .
والاسلام خلو من هذه المشكلة اصلا ، ان لا يقر اساسا للحكم
الا العدل المطلق الشامل ، كما رأيت .
ولهذه ، كان الحاكم والمحكوم في هذا التشريع على السواء كما
بيننا .

على ان الاسلام هو التشريع الوحيد الذي منح الفرد وجودا دوليا
فضلا عن مشاركة السياسة داخل وجوده الذاتي لقوله - صلى الله عليه
وسلم - : (ذمة المسلمين واحدة ، ويسعى بذمتهم أدناهم)^(٢) على
ما سيأتي تفصيله .

(١) لقوله تعالى : (واطيعوا الله ، واطيعوا الرسول ، واولي الامر منكم
والامر يمتحنى الشأن ، وهو مفرد مضاف فيعم ، أى أولسي
الشئون وهم المتخصصون في السياسة والاقتصاد والاجتماع العسكري
 واصحاب الخبرة في الزراعة والصناعة والتجارة ، واصحاب النفوذ
في الامة وهم من تتألف منهم الحكومة ، وأهل الحل والعقد في الامة
(٢) متفق عليه .

الدولة - في نظر الاسلام - وان كان منشؤها التشريع السياسي
الاسلامي نفسه ويسودها حكمه ، غير انها ذات سلطة في التشريع
الاجتهادي من أهله ، ولكن بمفهوم يختلف عن مفهوم التشريع الوضعي
التشريع في الاسلام حق لله وحده ، فان كان نصا قاطعا تعين
العمل بمدلوله ، ودون تبديل ، أو تأويل يخرج عن معناه الواضح للتعين
فهو من نصه القاطع .

هذا ، وما يرمى اليه النص القاطع من مصلحة تكون هي المصلحة
الحقيقية المعتبرة شرعا ، ولا يشترط الاسلام من الاحكام والمصالح التي يتنافى
ومقتضيات العقل الانساني العام . ولان هذا النص القاطع يمثل ارادة
المشرع الحقيقية ، ولوضوحها ، ودون لبس ولا ابهام ، ولا احتمال ،
فكانت المصلحة مفيدة بهذا النص لانه شرع طريقا اليها ، والدولة
لا تملك تغيير التشريع أو تبديله ولا سلطة لها فيه ، وكل تعارض مصلحة
النص القاطع ، غير مشروعة ، وليست مصلحة حقيقية عند التحقيق ، بسبب
موهومة ، لما قلنا من أن العقل لا يناقض التشريع .

وان كان النص محتملا ، لاكثر من معنى وليس قاطعا في معنى معين
فللدولة ان تختار أحد البدائل ، بما يتفق والمصلحة العامة ، وما تختاره
الدولة يصبح شرعا لازما يصاغ في تنظيم أمر ، ولا يجوز المصير الى غيره ،
منعا للفوضى ، وهذا من حق الدولة التي هي أدرى بالصالح العام ولكن
بعد العمل ببدأ الشورى التشريعية التي تعني

تبادل الرأي من أهل الاختصاص ، وتقليب وجهات النظر في موضوع الحكم المجتهد فيه ، وترجيح احداها بمرجحات معتبرة من الشرع وأهل الخبرة والاختصاص فيما يتعلق به هذا الحكم من شأن ، او عن طريق " الاجماع " اذا انعقد على حكم يتعلق بالواقعة المعروضة وقد يتبين الحكم في الوقائع عن طريق القياس الاصولي ، اذا ورد نص في نظائرها ، واشتملت على علة متحدة .

حتى اذا لم يكن ثمة نص خاص بالواقعة او الوقائع او قياسات أوجماع ^{فهي} تحكيم المبادئ العامة او مقاصد التشريع ، فتجعل المصلحة المرسلة اساسا للحكم بشرط الا تخرج عن تلك المقاصد والمبادئ ، وان لا يرد نص خاص ، او اجماع او نظير تقاس عليه .
ومن العمل بالمصالح المرسلة ^(١) سد الذرائع والاستحسان ^(٢)

(١) المصلحة المرسلة وان لم يشهد لها دليل خاص من الشرع باعتبارها او الفائتها ولكن ينبغي ان يشهد لها اصل عام بالاعتبار ، كيلا تكون غريبة عن الشرع .
- والمقاصد الاساسية في الشرع خمسة : الدين ، النفس ، والحقل والنسل ، والمال .

(٢) الاستحسان استثناء الواقعة من حكم نظائرها بوجه اقوى يقتضي هذا العدول والاستثناء تحقيقا للمصلحة والعدل ، وهو انما يكون مقتضى لظروف ملائمة للواقعة هذا العدول .
^{تقتضي}

والعرف المعتبر^(١) اذن ، كافة ما يصدر عن الدولة من تشريع
اجتهادى يتعلق بالنظم التي تفتقر اليها المرافق العامة ، أو
المصلحة العامة ، ينبغي ان تكون محمولة على مقاصد التشريع الخمسة
غير مخالفة أو مناقضة لها
فالمصالح المرسله اذن يجب ان يشهد لها اصل عام ، كيلا
تكون غريبة عن الشرع ،

وفي هذا المجال واسع للتشريع الاجتهادى الذى يجب ان تنهض
به الدولة عن طريق المجتهدين ، واهل الخبرة العلمية التي تتعلق
بموضوع الحكم الشرعي الذى يراد استنباطه ، فالتشريع المبتدأ يرفضه
الاسلام ، لانه افتئات على حق الله ، ولا تجب طاعته .

اما مفهوم التشريع الوضعي فهو انشاء القواعد القانونية التي
تنظم العلاقات^٣ الناس بعضهم قبل بعض ، او قبل الدولة ، بالارادة
الانسانية المتغيرة .

والتشريع الاجتهادى ، هو الفقه ، وهو داخل في السلطة
التشريعية للدولة بهذا المعنى الذى بيناه ، والتشريع الاجتهادى
الجماعي من اهله الذى ينهض به الفقهاء وارباب الاختصاص اقرب
الى الصواب والعدل من الفردى غالباً وهو اجماع

(١) والعرف المعتبر هو ما يكون في حقيقته قائماً على مصلحة
توازن حينئذ بميزان المصالح المعتبرة حتى اذا
وافقتها كان العرف معتبراً حينئذ ، لاندائه بمثل

لما يستند اليه بوجهه

الفقه السياسي الاسلامي فضلا عن كونه مظهرا للاجتهاد التشريعي

من اهله منبثقا اساسا عن مبادئ الاسلام واصوله العامة ، اللفظية

والمعنوية ، ومقاصده الاساسية — وهذه كلها اصول نظرية ، ومفاهيم

ذهنية مجردة — اقول هذا الفقه السياسي ، فضلا عن كونه كذلك

قد انضجته التجربة السياسية الواقعية التي عاناها معظم فقهاء

المجتهدين بحكم مناصبهم السياسية .

من آثار (واقعية) التشريع السياسي الاسلامي ، انك تسراه

قد انعكس على الفقه الاجتهادي في التدبير السياسي عملا

فكان هذا الفقه الذي صدر عنه ائمة فقهاء السياسة ، من امثال :

الماوردي — والغزالي — والطوسي — وابن ابي الربيع — وغيرهم

صدي وأثرا لتلك الواقعية ، او القابلية للتطبيق ، هذا شي ، وشي

آخر ، هو ان هذا الفقه على الرغم من كونه مستخلصا من مبادئ

نظرية مجردة ، قد ساعدت على انضاجه التجربة السياسية التي

عاناها هؤلاء الائمة بحكم مناصبهم فقد كانوا رجال دولة من الطراز

الاول .

اما الامام الماوردي ، فقد كان وزيرا لدى الخليفة القادر بالله

العباسي ، واثنا ذلك الف كتابه المعروف (قوانين الوزارة والملك)

فضلا عن كتابه الاحكام السلطانية .

واما الطوسي ، فكان وزيرا لدى (السلاجقة) وكان له قوة الاثر

في الحكم بفضل علمه الواسع وتجربته السياسية — ما جعله هو (الحاكم)

الفعلي، في تلك الدولة ، فاكسب بذلك تجربة او حنكة سياسية
، فضلا عن غزارة علمه ، مما كان له اثر في فقهه السياسي .
وكذلك الامام الغزالي ، والعلامة ابن خلدون ، وابن تيمية
كما هو معلوم ، فكانت هذه (المشاركة السياسية) سببا في اثراء
فقههم ، وبخوشهم النظرية ، بالخبرة السياسية العملية .
وأما الفلاسفة السياسيين من غير المسلمين ، من مثل افلاطون
وتلميذه ارسطو ، من اليونان ، وكذلك فلاسفة السياسة من الانكليز
من مثل ، هوبز ، ولوك ، ومن الفرنسيين من مثل جان جاك روسو
فلم تكن لاي منهم تجربة سياسية واقعية ، لذا ، جاءت فلسفتهم
تجريدية محضة ، كفلسفة افلاطون ، اذ لم يكتب لها التطبيق ، ولبعدها
عن الواقع المعاش ، وتحليقها في افق من الوهم والخيال احيانا ، مما
ساق الى اعتقاد أن رئيس الدولة ينبغي ان يكون " فيلسوفا " فضلا
عن تقريره قواعد غير انسانية ، لقيامها على التمييز العنصري ، والرق ،
وكفلسفة جان جاك روسو في نظرية (العقد الاجتماعي) الافتراضى
الموهوم ، كما أسلفنا .

ونضرب لذلك مثلا لواقعية السياسي الاسلامي ، ان فقهاء
المسلمين ، يشترطون في (رئيس الدولة) شروطا عدة مشتقة من
طبيعة وظائف الدولة التي حددها هذا التشريع ، لاستحقاق الرئاسة
ولم يشترطوا الفلسفة ، لانها تخيل انساني محض ، ومن تلك الشروط
الحلمية ، الكفاية ، والخصائص الجسمية ، والخلقية ، والنفسية ،
والمعنوية التي يقتضيها النهوض بممارسة الحكم ، كالقدرة على قيادة
الجيوش ، والجرأة والشجاعة والاهتمام ، ثم القدرة على معاناه السياسة
وكذلك العلم بأحكام الشريعة وفقهها وضرورة بلوغ مستوى الاجتهاد فيها

هند فريق من الفقهاء ، فضلا عن النزاهة والعدالة والاستقامة ، وغير ذلك من الشروط التي تعتبر في جملتها عناصر وكفاءات على أرفع مستوى ، تستلزمها ، ممارسة السياسة وتدبير شؤون الحكم عملا ، ولا نعتقد ان (الفيلسوف) بوسعه ان ينهض باعباء الحكم الاسلامي ، ومهام رئاسة الدولة فيه على النحو الذي بينا .

فلخصاً ان التشريع السياسي الاسلامي ، قد استمد خصائصه من اصوله العامة ، ومقاصده ، وقيمه السليمة ، لا تجده يستعصي على التطبيق واقعا ، أو يحول دون الفكر السياسي المتفهم لهذا التشريع ، أن ينزل بتلك المقاهيم المجردة ، على يد المجتهدين ، الى الواقع ليحكم عليه ، او يرسم المناهج العملية له صوغ هذا الواقع من جديد على ضوء تلك المقاهيم بعد تحليله ودراسته ، بفضل ما أوثق هذا التشريع من مسابير يمكن ان تصير القيم واقعا ، والمفهوم الذهنسي العام المجرد وضعا قائما ، وابين دليل على هذا فقسه هو " لاء الائمة ذوى التجارب والخبرات السياسية التي اغنوا بها فقهم كما نسرى فيما بين اهد يلسا من مصنفاتهم القيمة ، ان كان احدهم عالما فقيها مجتهدا لا يشفق له غبار ، ورجس لدولة من الطراز الاول .

ولا أدل على صلاحية المبدأ من قابليته التطبيق وعظيم اثره .
أما قواعد الحكم الأساسية في الاسلام ، فهي مستقاة من الصحيفة ، ومن التشريع السياسي العام ، فلخصها فيما يلي :
اولا - الوحدة السياسية بين مواطنى الدولة الاسلامية الناشئة ، على الرغم من اختلاف شعوبهم وقبائلهم ، ومعتقدهم اما المواطنون المسلمون في هذه الدولة ، فأساس وحدتهم (ايمانهم)

بهذا الدين الجديد ، عقيدة وتشريعا ، بدلا عن الوثنية ،
العصبية القلبية (١) .

ثانيا - حق المواطنة كان رهنا بمجرد (الولاء) لهذه الدولة
الجديدة ، بدليل أن هذا الدستور (الصحيحة) قد منح (اليهود)
وغيرهم هذا الحق ، تحت لواء الدولة الاسلامية في حق الانضمام تحت

(١) كان ينصوى تحت حكم هذه الدولة ، اليهود ، والمشركون من
العرب بادي الامر ثم نسخ حق المواطنة بالنسبة لمشركي
العرب فيها بعد ، ولم يعد لهم خيرة في استمرارهم على اعتناق
الوثنية ، صونا للكرامة الانسانية من التردى الى هذا الحضيض
- هذا ، وقد كان الجهاد مفروضا على اليهود في يثرب بادي
الامر حسلا لهم على مقاتلة عدو الله خارج حدود يثرب ، وكان
من أعداء^{المرء} قبائل من اليهود كانت تبث نية العدوان على المد ينة
وتقطن خارجها ، ثم نسخ هذا الحكم واقتصر على اداء الجزية
بدلا عن فريضة الجهاد على المسلمين ، وذلك اصبح
الجهاد مقصورا القيام بعبئته على المسلمين خاصة
دون اليهود .

اذن اليهود ذميون وامسا المشركون من العرب
فلم يعد يقبل منهم مجرد الولاة للدولة ليكتسبوا
حق المواطنة ، بل لا بد لهم - لاكتساب هذا الحق - من ترك الوثنية
والدخول في الاسلام ، لان الجزيرة العربية هي قاعدة الاسلام ، و
ومنطلق رسالته الاولى .

سيادتها بفريق من اهل الكتاب دون فريق وعلى من يكتسب هذا الحق ان يقوم - في نظير ذلك - بواجبات مواهاها ، تحقيق التكافل مع الدولة ، والولاء لها ، لحفظ كيانها داخلا .

في هذا دلالة على أمرين :

- ١- مبدأ التسامح مع اهل الاديان الساموية الاخرى ، وذلك بأن جعل لهم من الحقوق ، وعليهم من الواجبات ، عين ما للمسلمين وعليهم ، وليس اعدل ممن يساويك بنفسه في النصفة والعدل ، والحكم .
- ٢- تأصيل مبدأ حرية العقيدة وهو من أصل المبادئ التي تقوم عليها هذه الدولة الناشئة

ثالثا - سيادة الدولة منوطة بتشريع الله ورسوله ، الذي يوجب

الولاء لهذه السيادة في نظير حق المواطنة ، كما قدمنا .

فالذلة ان دستورية مقيدة بهذا التشريع ، حاكما ومحكوما

ومظاهر هذا الولاء تبد وفيما يلي :

أ- الخضوع التام لتشريع الدولة ، وتنفيذ مقتضياته باخلاص ، وهذا

واجب على الحاكم والمحكوم على السواء ، اذ ليس للرسول - صلى الله عليه وسلم - من الامر شيء .

ب- التأكيد على المساواة بين السلطة الحاكمة والمحكوم ، لان

كليهما يخضع لحكم الله تعالى ، والسنة وحي معنى ، وتلقيان الحق منه تعالى ، فلا سيد ولا مسود قال تعالى مخاطبا رسوله - صلى الله

عليه وسلم - (ليس لك من الامر شيء) وقال تعالى (ان الحكم الا

الله) وقال سبحانه (لله الخلق والامر) وقال عز وجل : (ومن لم يحكم بما أنزل الله ، فاولئك هم الكافرون) وقال تعالى (اتبع ما اوحى

اليك) اي كتابا وسنة ، وما أحالا عليه من مصادر التشريع الاخرى .

ج - ان هذا (التشريع) بما هو المرجع في كل نزاع يشنتجر بين المواطنين بعضهم مع بعض ، يجب الاحتكام اليه كتابا وسنة والعمل بما يقضيان به في محل النزاع ، وقد كان الرسول - صلى الله عليه وسلم - وهو حي - المرجع الوحيد ، ثم أضحت سنته المرجع بعد وفاته ، وفي هذا صيانة لوحدة الامة من التفرق والانقسام ، وقد جاء في الصحيفة - فيما يتعلق بهذا الصدد - وما نصه : (وأنكم مهما اختلفتم فيه من شيء ، فان مرده الى الله عز وجل ، والى محمد صلى الله عليه وسلم - وانه ما كان بين اهل هذه الصحيفة من حدث او اشتجار ، يخاف فساده ، فان مرده الى الله عز وجل ، والى محمد - صلى الله عليه وسلم (١) -

د - توجب سيادة الدولة المنوطة بهذا التشريع على مواطنيها حفاظا على كيانها الخارجي - مجابهة العدو ، ونصب الحرب ضده اذا اقتضى الامر ذلك ، وهذا مظهر السيادة خارجا ، يدافع عنها كل مواطن قادر تكافلا معها .

هـ - وعلى هذا ، فالتآمر مع اعداء الدولة على تفويض زمامها - يحتبر - في نظر الاسلام - خيانة عظمى ، تمس سيمها دتها ، فضلا عن كونه اخلايا بواجب الولاء الذي اوجبه حق المواطنة ، وقد جاء في الصحيفة ما يؤكد هذا المعنى من قولها : (ان يهود بني عوف ، امة مع المؤمنين ، لليهود دينهم ، وللمسلمين دينهم ، ومواليهم وأنفسهم ، الا من ظلم ، وأثم فإنه لا يوتغ (٢) الا نفسه .

(١) سيرة ابن هشام ج ٢ ص ١٤٩ وما يليها .

(٢) يهلك

وأهل بيته^(١) هذا من حيث مظهر سيادة الدولة خارجيا
وأما من حيث السيادة في الداخل ، فقد تبدى مظهرها
فيما يلي :

لعل أول ظاهرة بدت في سيادة هذا التشريع ، هي نسخ
أحكام الجاهلية الأولى ، فمن ذلك انه جعل عقوبة القصاص مثلا ،
يدل عن التآمر الجاهلي ، فقد جاء في الصحيفة (وأنه من اعتبط^(٢)
مؤمنا قتلا عن بينة ، فانه قود به ، الا ان يرضى ولي المقتول ، وان
المؤمنين عليه كافة ، ولا يحل لهم الا القيام عليه^(٣) وهذا ضرب من
ايجاب التكافل تشريعا ، لاستئصال شأفة الجريمة من المجتمع ، عملا
على استقرار الامن في الداخل .

ويؤكد هذا التكافل ايضا ، ما جاء في الصحيفة نفسها من النص
على (أنه لا يحل لمؤمن اقربا في هذه الصحيفة ، وآمن بالله واليوم
الآخر ، ان ينصر محدثا^(٤) ولا يوؤويه ، وأن من نصره أو آواه ، فان
عليه لعنة الله ، وفضبه يوم القيامة ، ولا يوؤخذ منه صرف ، ولا عدل^(٥)
وانذا كان هذا في نطاق الدولة الواحدة ، فأحرى أن يكون بين الدول
جميعا تكافلا سياسيا على الصعيد الدولي ، عملا على استقرار الامن
والسلم الدوليين ، ونفيا لاسباب الاضطراب العالمي ، والتوسع العدواني
كما اشيرنا .

وعلى هذا ، فان قواعد (الصحيفة) تنهض سيادة الدولة الناهضة

-
- (١) المرجع السابق - ٢) من اعتدى على مؤمن قتلته عدوانا وظلما
وثبتت جريمته بالبينة والادلة ، فانه يوؤخذ به قودا اي قصاصا او بعبارة
اخرى ، القاتل يقتل ، جزاء وقصاصا .
(٢) المرجع السابق (٤) سيرة ابن هشام : ج ١ ص ١٤٩ .

في مظهرها الداخلي والخارجي :

أ- أما في الداخل ، فقد تأكدت هذه السيادة بهيمنة التشريع على الأمن بوجه خاص ، وذلك باستئصال شائفة الجرائم التي تمس سلامة المجتمع وأمنه ، أي كانت طبيعة هذه الجريمة ، وأهمها وأعظمها جريمة (القتل) والمساهمة فيها .

ب- وأما في الخارج ، فتتجلى سيادة الدولة في أمر الحرب والسلم ، وعقد المعاهدات ، فأناطت ذلك بشخصية رئيسها الأعلى ، بعد التقيد بالشورى في التدبير السياسي بوجه عام ، على ما سيأتي بيانه .

ولا جرم أن (السلم والحرب ، وأبرام المعاهدات) من أهم مهام السيادة في مظهرها الخارجي ، أي على الصعيد الدولي . وهذا يقضي بنا إلى بحث أهم قواعد سياسة الاسلام الخارجية ، من حيث علاقاتها الدولية ، وأهمها إبرام المعاهدات ، فلخصها فيما يلي :

أولا : - لا يجوز ان ينفرد بعقد السلم جماعة دون اخرى لان

" سلم المؤمنين واحدة " كما لا يجوز التقاعس عن نصب الحرب على

العدو ، اذا تحقق مناط حكم الجهاد دفاعا عن كيان الدولة :

نصت (الصحيفة) على أهم ما تقتضيه سيادة الدولة خارجا ، من تحريم انفراد جماعة بعقد السلم ، دون سائرهم ، لان هذا يقضي الى الانقسام في وحدة الامة التي ،وجب الاسلام تحقيقها كرضية من أعظم فرائض الدين : (واعتصموا بحبل الله جميعا ، ولا تفرقوا)

(وان هذه امتك ، أمة واحدة) وهذا الانقسام في السياسة الخارجية من أشد أنواع الأضرار بمصلحة الأمة ، لتعلقه بمصيرها .
وعلى هذا ، فالإسلام يوجب إذا تعددت دوله في أقاليمه المختلفة ، ألا يفرد رئيس دولة إسلامية منها ، بمعقد (السلم) مع العدو والمشارك دون سائر رؤساء الدول الإسلامية ، توحيدا للسياسة الخارجية ، فقد جاء في (الصحيفة) مانصه : (وأن سلم المؤمنين واحدة ، لا يعالم مؤمن دون مؤمن ، في قتال في سبيل الله ، إلا على سواء وعدل بينهم) (١) .

ثانيا : عقد السلم أو الصلح الذي يحل حراما ، محرم في

الإسلام قطعا

كل سلم تحمل المسلمين على الهوان ، أو تريد هم على الاستخذاء والعسف ، أو على الأقرب عدوهم على بغيه وعدوانه ، من انتهاكسه لجرمة أوطانهم ، واغتصاب أجزاء منها ، واستلاب حقوقهم فيها ، بما أخرجهم منها عنوة بقوة السلاح ، تقتيلا وتشريدا ، ليحل محلهم أمما وجماعات وافدة من بقاع شتى من دول العالم ، احتلالا استيطانيا ، ليهجو معالم وجود المسلمين ومقومات حياتهم وحضارتهم ومقدساتهم ، مثل هذه (السلم) محرمة في الإسلام قطعا ، ولا يقرها الإسلام بدلالة فريضة الجهاد المهيبة في مثل هذه الحال ، للدلالة القاطنة الآتية :

(١) المرجع السابق .

أ- لأنها (سلم الهوان) والله تعالى يقول في شأنها (ولا
تبهنوا) وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون) والنهي يقتضي التحريم
. إذ لا صار فيصرفه عن هذا المعنى .

ب - لقيامها على محض البغي والعدوان ، وذلك محرم شرفاً
بالنص ، بل ما جاء الإسلام ليبيّن ظاهراً العدوان والبغي من
الأرض أيقاعاً ، أو وقوعاً ، أو استمراراً وبقاً لقوله تعالى : (ولا
تعاونوا على الإثم والعدوان) وإنما طلب اقرار الحق والعدل في
العالم كله .

هذا ولا تعاون أشد اثماً ، وأعظم نكراً من عقد سلم مع عدو باغٍ
متسلط ، لأنه ينطوي على اقرار عدوانه ، واستمرار بغية على ديار
المسلمين ووجودهم ، ومقدساتهم ، وشراوتهم وحضارتهم جملة .

فالقوة أو الطغيان لا يقضي على مبدأ الحق والعدل في الإسلام
ج - لقوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم ، فاعتدوا عليه بمثل ما
اعتدى عليكم) وهذا يفيد أن على المسلمين إزاء المعتدى ، أن يردوا
عليه عدوانه بمثله ، وذلك بشن الحرب هده ، كسراً لشوكته بأقصى
مستطاعتهم من القوة ، وأن يحرصوا على ذلك كل الحرص .

د - لقوله تعالى (والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون)
وذلك بمقاتلة الباغي انتصافاً من عدوهم ونفياً للظلم الذي نزل بساحتهم
فالمسلم الحق لا يستسلم للظلم أبداً ، لقوله تعالى : (ولا تركبوا
إلى الذين ظلموا ، فتمسكم النار) .

هـ - كل عقد أو شرط يحل حراماً ، محرم بالنص ، لقوله - صلى
الله عليه وسلم - (المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً يحل حراماً ،

أو حرم حلالاً " والشرط عقد ، فالعقد الذي يحل الحرام ، لا يجوز إبرامه قطعاً .

و - ان تعين وجوب القتال حتى الموت ، دافعاً عن الحوزة

والمال ، والعرض في شرعه الاسلام ، كتعين وجوب الدفاع عن الدين ، سواء بسواء ، بدليل أن الشارع ، قد كتب (الشهادة) لمن قتل دون أى منهما ، بالنص ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - (من قتل دون أرضه فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون عرضه فهو شهيد .)

ووجه الدلالة ، ان " الشهادة " لا يكتب الا لمن قتل دافعاً

عن امر مفروض متعين القتال دونه ، والحديث جاء بواو الجمع نفياً للتمييز بينها ، من حيث الاعتبار والحكم .

هذا ، وفي الحديث دلالة ايضاً على تأصيل مبدأ الكرامة والعزة

وتحقيقه في الوقائع عملاً ، وذلك بوجوب الاستجابة والاستبسال في الدفاع عن النفس والمال والارض والعرض ، حال وقوع

الاعتداء على أى منها ، دون استثناء ، وهذه هي معاهد الكرامة للأفراد والامم ، لان الحديث بنمونه (من قتل) يشمل كل اولئك .

وبذلك ، تمتزج القيم العليا بالاطمان ، والاعراض ، والاموال ، في

التشريع السياسي الاسلامي ، كما تسرى - دون فصل او تمييز بينها ، من حيث الاعتبار ، والحكم ، والجزاء ، كما قدمنا .

هذا ، واذنا تعين وجوب الدفاع عن الدين والاطمان ،

والمقدسات الأموال والاعراض ، لزم عن ذلك ان اقرار العدو على اغتصابها او العدوان عليها ، واستلاب حقوق المسلمين فيها ، محرم قطعاً ، ايا

كانت الوسيلة أو الاسم الذي اتخذته ذلك " الاقرار " من عقد السلم
أو معاهدات الصلح أو غير ذلك من المصطلحات إذ العبرة بالحقائق
والمفاهيم .

وهكذا ترى أن الإسلام لا يفصل بين الدين والسياسة ، ولا بين
الدنيا والآخرة فضلا عن أنه يجمع بين المثالية والواقعية ، في مواقع
الوجود الحيوي .

ز - منافاة " سلم " الهوان هذه لمقتضيات الغزاة الإلهية التي
استخلف الله المؤمنين فيها ، لقوله تعالى : (والله العزة ، ولرسوله
والمؤمنين) ولا عزة مع الهوان بداهة .

ح - لا يربط الإسلام أحكامه بظاهر اللفظ والقول ، وإنما يحفل
بالحقائق ، وينيط الأحكام بها ، ومن ثم لا يقر الإسلام " سلما " ^(١)
هي بوجوهها وسيلة لاستدامة قهر المغلوب ، أو الأبقاء على آثار
عدوان الظالم ، تحكيما للقوة الغاشمة في العلاقات الدولية ، أو
عملا بما يسمى سياسة الأمر الواقع ، لما تتضمن هذه السياسة من
تغليب القوة ^(١) على الحق والعدل ، وهذه مناقضة لأصول الإسلام
ومقاصده الأساسية ، أو نظامه الشرعي العام الذي هو " حق الله " ^(١)
ومعلوم أنه لا يملك أحد أن ينقض " حق الله " عن طريق التراضي أو
التعاقد ، والأبطلت شرائع الإسلام كلها ، وذلك باطل ، فما يؤدى
إليه باطل بالبداية .

(١) ومبدأ سياسة الأمر الواقع على إطلاقه إنما هو تطبيق لأصول السياسة
الميكانيكية .

وبيان ذلك ، أن حق الله شرع دائم ، والتعاقد تصرف ارادى ولا يقوى التصرف الارادى على مناقضة شرع الله ^(١) ، اذ مناقضة شرع الله باطلة ، اجماعا ، لما فيها من تغليب الارادة الانسانية على الارادة الالهية .

وأما الارادة الانسانية ففي العقد الذى يحل حراما .
- وأما الارادة فلأن النص القاطع يعبر عنها حقيقة
في تحريم ما أحله العقد او التصرف .

وعلى هذا لأن القصد غير الشرعي بسبيل أن يهدم القصد الشرعي ^(٢) ، وهذا باطل ، للتناقض ، ولأن مقصود الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع ^(٣) ، لا مناقضا فتبين أن علة بطلان عقد السلم ، في مثل هذه الحال هو " المناقضة " لارادة الله الحقيقية غير المظنونة ، بارادة المكلف في التصرف والتعاقد نخلص من هذا الى أن " المناقضة " في عقد السلم هنا ، إنما نشأت من قيام العدوان والبيغي ، لان هذا هو مناط وجوب الجهاد لا السلم شرعا ، فنتج عن ذلك ، ان الاسلام لا يقر " سلما " الا اذا اندفع العدوان ، وينتهي الجهاد حينئذ بزوال علته . وهذا أصل شرعي عام في السياسة الخارجية في الاسلام وفي العلاقات الدولية بوجه خاص .

أما أن دفع العدوان ، وازالة آثاره (حق الله تعالى) فيمنهض به ، ان نفى ظاهرة البيغي والعدوان من الارض ، مما يتعلق به

(١) اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٤ ابن القيم

(٢) الموافقات ج ٥ ص .

(العدل الدولي) قطعاً ، وهذا لا يختص بفرد بعينه أو أمة بعينها ، حتى يكون مصلحة خاصة ، وإنما يتعلق بحق الانسان العامر بالمصلحة الحقيقية العليا للانسانية جمعاء ، ولا يقصد الاصوليون بحق الله الا هذا المعنى لشمول نفعه وعظيم خطره (١) وهذا يستلزم حماية هذا الحق ، وعدم التهاون في امره ، أو الاتفاق على خلافه ، اذا لاخيرة فمه للمكلف ، لان هذه هي خصائص الحق العام ، وهذا يقتضي بدوره تحريم اقرار العدوان والبغي باسم السلم احتيالا ، ومن باب أولى تحريم اتخاذ التسلط والقهر ، وما يخلف من آثار ، .. موضوعاً أو محلاً للتعاقد أو التصالح على اقراره وبقائه ، لامور ثلاثة :

أولها : لعدم مشروعية محل العقد أصلاً ، لما قدمنا من تنافيه واصل (العدل الدولي) العام الذي قدسه الاسلام حقاً لله تعالى بحيث جعله اساس الخليقة كلها ، لقوله تعالى : " والسما رفعها ووضع الميزان ، الا تطغوا في الميزان ، واقيموا الوزن بالقسط ، ولا تخسروا الميزان " .

وإذا انتفت مشروعية محل العقد بطل العقد اصلاً والعقد ضالماً والحكمة

(١) حق الله تعالى ، يطلق بالاشتراك اللفظي على معينين : أولهما : حق الله تعالى الخاص في العبادات ، لما عجز في السنة من أن حق الله تعالى على عبادة ، ان يعبدوه ، ولا يشركوا به شيئاً .
الثاني : حق الانسان العام على وجه هذه الارض ، ويقصد به المصلحة ذات الطابع العام للبشرية كلها ، وهو ما عناه الاصوليون حين فسروا نسبة الحق اليه تعالى ، مع انه تعالى غني عن الحقوق بقولهم : وإنما اضيف اليه تعالى لعظيم خطره (اهميته) وشمول نفعه

الثاني : ان العدل الشامل ، هو " الغاية " القصوى التي من أجلها انزلت الشرائع ، وأرسل الرسل ، لقوله سبحانه : " لقد أرسلنا بالبينات ، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ، ليقيم الناس بالقسط ولا قسط مع العدوان والقهر .

الثالث : لما في ذلك من اسقاط حق الله ، ولا يجوز ، ان لاخيرة فيه للمكلف لانه من النظام الشرعي العام الثابت ، كما اسلفنا ط - الاسلام يقضي بوجوب الجهاد فرضا عينيا حال مداهم -

العدو ديار المسلمين واستيلائه على اجزاء من اراضيهم ، واخراج

اهليها منها عنوة ، تقتيلا وتشريدا ، وهذا بالاجماع

ما غزى في عقر دارهم الا ذلوا ، ذلكم قول علي - كرم الله وجهه والذلي والعزة نقيضان لا يجتمعان ، ولهذا ، نرى الاسلام بصريح آياته ، وقاطع نصوصه ، يقضي - في مثل هذه الحال - أن على الامة الاسلامية كافة ، شعوبا ودولا ، ان يجاهد وعدوهم الباغسي المتسلط ، بأقصى ما يملكون من قوة ، وعدة ، لدحره ، وتحطيم مؤسساته العسكرية ، مصدر قوته ، وأداة عدوانه ، وان يخرجوه من حيث اخرجهم ، بصريح قوله تعالى :

(واخرجوهم من حيث اخرجوكم) فرضا عينيا على كل قادر من الرجال والنساء على السواء ، ونغيرا عما خفاقا وثقلا ، صيانة لحرمة اوطانهم ومقدساتهم ، وحماية لكيانهم الديني ، وقيمهم العليا ، بل ومصير وجودهم الدولي ، مستقر عزتهم ، وسوء دهم ، والا كان الجزاء الالهي المنصوص عليه صراحة من استبدال غيرهم بهم في الدنيا ، وهو

خزى أبدى ، والعذاب الاليم في الآخرة ، وهذا بالاجتماع
ولا نعلم فيه مخالفا ، لقوله سبحانه ، الا تنفروا يحد بكم عذابا
اليم ، ويستبدل قوما غيركم ، ولا تضرروه شيئا .

ويتبدى لك بوضوح كيف يربط الاسلام مصير المسلمين في دنياهم
بمصيرهم في آخرتهم على سواء ، اذا تهاونوا او تقاعسوا عن امضاء
امر الله فيهم ، فوحدة المصير في الدنيا والآخرة ، ظاهرة في النص
كما ترى .

فليست العقيدة الدينية في الاسلام مجرد عقيدة)

ميتافيزيقية (غيبية لا علاقة لها بشئون الدنيا ، كما يتوهم .

وانما كان الجهاد فرضا عينيا ، في مثل هذه الحال ، لتعلق

مصير الامة به وجودا وعدما .

ى - وجوب استمرار حكم الجهاد فرضا عينيا ، لقيام أو تحقيق

مناطه ، فما دام شر العدو والباقي قائما ومستطيرا ، فلا يجوز قطع

استمرار هذه الفريضة شرعا ، اذ الحكم يدور مع علته وجود وعدما

وعقد السلم قطع . لاستمرار هذه الفريضة مع تحقق مناطها وذلك اسقاط

للحكم مع قيام علته ، وهو محرم ، فوجب استمرار الجهاد شرعا حتى

يستنفذ اغراضه ، وتنزل علته ، تنفيذا لحكم الله .

من المعلوم أن العلة تستلزم الحكم ، وهذا هو قانون التلازم

المنطقي في هذا التشريع ، اذ العلة هي مناط الحكمة الالهية ، كما

تعلم ، ولا يجوز اهدارها ، لانه الحكمة الالهية التي تمثل المصلحة
والعدل ، والحكم انما شرع وسيلة لتحقيقها عملا .
وأياها ، ليس للشارع قصد في مجرد اشعال نار الحرب ،
بل لتحقيق اغراضه منها ، ان ليس في الشرع حكم مبتور عن حكمة
تشريعه التي هي روحه ، فالحكم والحكمة مقترنان ، تصورا ووقعا
، والا كان الخلف والتناقض ، وغرضه هنا هو دفع العدوان ، والبغي
قطعا .

وانا كان مناط حكم الجهاد - في مثل هذه الحال - هو
العدوان والبغي ، وما خلفا من آثار ، فان حكم فريضة الجهاد
العينية - يبقى قائما ، ما دام مناطه متحققا ، وهذا من بدهيات
التشريع ، انفاذا لامر الله تعالى ، لقوله سبحانه : " وما كان لمؤمن
ولا مؤمنة ، ان اذقوا الله ورسوله امرا ، ان يكون لهم الخيرة من
أمرهم " .

نخلص من هذا ، الى أن فريضة الجهاد تستمر ما دام شر
المدو قائما مستظيرا ، يهدد المسلمين في وجودهم ومصيرهم لانه
هو العلة ، حتى اذا انتهى عن صلفه ، وغروره ، وامحت آثار عدوانه
، وأجلى عما انفتصب من ديار المسلمين ، فقد استنفذ الجهاد
أغراضه حينئذ واصبح القتال غير مشروع ، عملا بمقتضى قوله تعالى :
(فان انتهوا فلاعدوان الا على الظالمين) .

ويجب ان يحرض المسلمون كل الحرص على تحقيق اغراض الجهاد
، وان يتيقنوا من ذلك قبل ان يخوضوا غماره ، استبصارا واستماتة
بعون الله .

ك - لا يقبل من العدو الباغى جنوح الى السلم الا اذا طلبها

استسلاما وعجزا عن المضي في القتال ، او ايثار منه لحقق دمه ، او

تسليما بالحق ، وانضوا تحت لواء العدل .

وكذلك الحكم في وجوب استمرار الجهاد فرضا عينيا ، في هذا المجال ، فلا يقبل من العدو جنوحه الى السلم ، الا اذا طلبها استسلاما لعجزه عن المضي في القتال ، حقا لدمه ، او تسليما منه بالحق ، او رهى بالكف عن العدوان والشر ، وايثارا للانضواء تحت حكم العدل ، فيجاء حينئذ الى طلبه ، شريطة الا يشوب طلبه هذا شائبة من دخل او خداع خفي او فساد طوية ، لقوله تعالى (وان جنحوا للسلم فاجنح لها) ان لم يشرع القتال في الاسلام لذاته . بل لضرورة محسوسة ظاهرة العدوان والبغي ، في الارض ، بجميع صوره ، كما بينا .

ل - على أنه اقتضت ظروف المسلمين ايقاف القتال ، جاز ذلك مهادنة ، لا سلما ولا صلحا ، شريطة ان يكون لفترة موقوتة لا تطول ، لاستجماع القوى ، واعداد العدة على ارفع مستوى ، ثم استئناف الجهاد من جديد ، لقيام مقتضياته ، بعد دراسة الموقف عمليا دراسة تحليلية دقيقة شاملة ، من قبل اهل الخبرة والاختصاص ، لان موضوع حكم الشرع في هذه الحال ، هو القتال والحرب ، فلا بد من استشارة اهل الخبرة فيه ، لان الحكم الشرعي واضح ومعلوم ، ضمانا لتحقيق النتائج المقصودة ، والخبرة بالنتائج ، ومن هنا

كانت الصلة بين الشرع والعلم أو الخبرة المتخصصة وثقى بحيث لا يتصور الانفصال بينهما ، لان العلم موضوع الحكم ، كما ترى ، وانما قلنا ، جاز ايقاف القتال مهادنة لفترة لا تطول ، كيلا تنقطع او تتعطل فريضة الجهاد ، لانها - في شرع الاسلام - مستمرة أبدا دفاعا عن الحق والعدل الذي كثيرا ما يبغي عليه ، فلا بد له من قوة قادرة تحميه ، وحتى لا يتخذ العدو من الوقت المتسع في المهادنة فرصة للاستعداد والتأهب لمعاودة قتال المسلمين من جديد .

فالدولة في الاسلام مجاهدة أبدا ، وسلمها قوى عزيز ، لقوله صلى الله عليه وسلم - (الجهاد ماض الى يوم القيامة) وقوله تعالى (ولا تهنوا ، وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون) .

هذا جماع ما يتعلق بتفسير نص (الصحيفة) على مبدأ هام في العلاقات الدولية بين المسلمين وغيرهم ، مؤداة " ان سلم المؤمنين واحدة ، لا يسالم مؤمن دون مؤمن في قتال في سبيل الله

الا على سوا عدل بينهم"

ثم جاء التشريع السياسي العام مؤيدا هذا الاصل على النحو الذي رأيت .

سادسا : أكدت (الصحيفة) حماية " الحوزة " - دار الاسلام - كحماية الدين ، وشرائعه ، سوا بسوا ، اذ نصت على أن " يشرب حرام جوفها ، لأهل هذه الصحيفة "

ومعلوم ان " يشرب " كانت هي موطن الدولة الناطقة يومئذ

دون غيرها من بقاع الجزيرة •

وهذا يستلزم بالضرورة ، وجوب دفع العدوان عنها بداهة

، واخراج العدو منها اذا داهمها ، وهو موعودى قوله تعالى : (

واخرجوهم من حيث اخرجوكم) •

سابعا : — حرمة المعاهدات وقد سبقتها في الحرب ، •

اشارها على النصر في الدين على من كان بيده عهد وميثاق •

وبدليل ذلك ، قوله تعالى : (وان استنصروكم في الدين

فعليكم النصر ، الا على قوم بينكم وبينهم ميثاق) •

ولا نعلم دينا أو تشريعا ، قد رفع من شأن (العهد) الى

هذا المستوى من القداسة وقد كان لهذه القاعدة اثرها في العمل

على استقرار السلم والأمن الدوليين ، من جهة ، وعلى تأصيل روح

الثقة فهين يتعامل سياسيا مع دولة الاسلامية ، على الصعيد الدولي

مما يعتبر بحق من أهم خصائص سياسة الاسلام الخارجية العادلة •

وأساس ذلك ، ان الاسلام لا يفصل بين الخلق والسياسة

لاستناده اساسا الى عقيدة دينية ، وهي — فيما نعتقد — مميزة

عظمى تفتقر اليها كل السياسات في العالم اليوم ، لاقرار الحق

والعدل ، ذلك لان العقيدة الدينية هي التي تجعل للقيم

الخلقية الاعتبار الاول في التشريع والتعامل ، ان في الميسدان

الداخلي بين المواطنين بعضهم قبل بعض ، أو بينهم وبين اجهزة

الحكم في الداخل ، أو في العلاقات الخارجية ، ولا سيما في ابرام

المعاهدات والمواثيق الدولية ، فلا غدر ولا نفاق ، ولا كذب ، ولا

احتيال ، قلب تعالى : (وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ، وقد جعلتم الله عليكم كفيلا) .
وهكذا ترى أن تنفيذ الحكم الشرعي العملي ، واحترامه وتقديسه ، يستند أساسا الى عقيدة المسلم ووجدانه ، وذلك من أعظم (الضمانات) لاستقامة الامر في الامة والدولة على السواء لا سيما في علاقاتها مع غيرها من الدول ، الا اذا بدا ما يشعر بتوقع خيانتها للطرف الاخر ، فيكون النبذ والنقض حينئذ ، قلب تعالى (واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء) فالاعتبارات الدينية النابعة من اصل العقيدة هي بعينها اعتبارات خلقية فليست الصفة الدينية في تشريع الاسلام ، او العقائدية ، اذن ، صفة نقص ، او امرارجميا ، او من قبيل العوامل لارجاع عقارب الساعة الى الوراء ، كما يقال ، بل هي عامل فعال في ارساء اصول الفضائل في المجتمع البشري ، ورد الانسان الى الاحتكام الى نفاذ فطرته وحيوية ضميره ، وطهارة وجدانه ، وهذا هو اصل التقدم الانساني - فيما نعتقد - واما الكذب ، والخيانة ، والمكر ، والتآمر ، والغدر ، والغش ، والاحتيال ، وغيرها مما يناقض اصول الفضائل ، فمعوقات كاداء ، تمرقل تقدم الانسانية بلا مرا ، وتجعله يرجع بالشعوب والدول القهقري الى عهد البدائية او الجاهلية الاولى ، قال تعالى (أفحكم الجاهلية يبغون ، ومن أحسن من الله حكما) فضلا عن انها من اسباب الاضطراب العالمي ، بينما نرى بعض فقهاء السياسة في الغرب ، من مثل ميكيا فيلي^(١) ، ان على الدولة أن تلجأ الى وسيلة

(١) اساطين الفكر السياسي : ص ١٨٨ ، لدكتور سعفان شحاته .

الحيوانات ، في تنافسها مع الدول الاخرى ، فيجب أن تختار ،
وسائل الاسد ، والثعلب معا ، فتلجأ الى الشدة والبطش ، وهما
طريق الاسد ، والى المكر والدهاء ، وهما وسيلة الثعلب .

ويرى أنه لا بد من الجمع بينهما .

وهم يؤكد ميكيا فيلي ، أن الدولة لن تغفل في تغطية دهائها
ومكرها ، لانها ستجد دائما سذجا وسطاء ممن يتخدعون بتصرفات
الدولة .

بل يرى أن هذا ينبغي أن يكون سبيل كل انسان ، لا الدولة

فحسب ، كمنهج عام للحياة ، فكل ما هو مطلوب من الانسان ، ان
يكون من اللباقة بيئتي يجعله يخدع الاخرين ، ويغشهم بدون أن يشعروا (١)
والسياسة الدولية عملا صدى لهذه الاصول غالبا ، حتى عضرنا هذا .
وهذا مناف بداهة الاصول الاخلاق والفضائل التي جاء بها
الاسلام ، بل هو عين شريعة الغاب ، فكيف نسي فلسفة أو أفكارا
سياسية ؟

هذا ، والتشريع السياسي الاسلامي ، غني جدا بالاحكام
الخلقية التي تدور في فلك العقيدة ، ثباتا ورسوخا ، بل هو اساس
الاحكام التشريعية الملزمة ، ان لا تكاد تجد قاعدة عامة ، أو حكما
شرعيا تفصيليا ملزما ، مؤيدا بجزء دنيوى قضائي ، الا ويستند
اساسا الى " قيمة خلقية " سواء أكانت في التعامل داخلا ، أم في
السياسة الدولية خارجا .

فالعدل مثلا في أصله قيمة خلقية ، لان من لا يكون عادلا لا ي

يكون فاضلا ، بالبداية والفضيلة اساس الخلق .

وكذلك الاحكام التي تنفي الضرر وتحرمه ، ايا كان نوعه —
لتحول دون وقوعه ، او ترفعه ، بحكم التعويض والضمان بعد الوقوع
، عدلا ، فهي في اصلها احكام خلقية ، لان الاضرار بالناس لا
يتفق واصول الفرائض .

وقصارى القول ، ان الخلق — في تشريع الاسلام السياسي
وثيق الصلة بالعقيدة من ناحية ومفاهيم السياسة فيه من ناحية اخرى
بل هو قوامها ، والعدل في جميع صورته ، ينهض — في الاصل على
اصول خلقية ، ولذا رأينا الاسلام يحفل بالعدل احتفالا لا تجد غيره
مثله فيه ، ان جعله الاسلام احدي الغايتين اللتين انزلت الشريعة
من اجلهما وهما :

الهداية — والعدل ، وهذا منطقي ومعقول ، ان لا يستقيم
امر الدولة — فضلا عن احوال العالم كله — في تدبيرها السياسي داخلا
الا بالعدل ، وقد يما قيل " العدل اساس الملك " ونقصد بالهداية
التوجيهات الى المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية والعسكرية
، فضلا عن الهداية الدينية في العقيدة والعبادة والخلق .
هذا ، ولا معنى لما يسمى بالديمقراطية الا اذا قامت على اساس
العدل والمساواة ، في جميع النواحي ، السياسية والاجتماعية
والاقتصادية ولا تتوثق العرى بين الحاكم والمحكوم الا بالعدل .
وكذلك في الميدان الدولي ، المساواة بين الشعوب ، واحترام
حقوقها ومن هنا ازال الاسلام الفوارق العارضة بين البشر ، وقضى
بتشريعه على العنصرية والاستعمار السياسي والاقتصادي ، وأوجب
التعاون او التكافل الانساني العام ، وأقام العلاقات الدولية على

اساس من التكافؤ والمعدل ، وحرم الاحتيال والغش ، والغدر
والخيانة والكذب ، وواجب الاخلاص والوفاء فيها يبرم من معاهدات
ومواثيق ، فكانت هذه الاصول هي روح الحضارة الانسانية الحققة .
الفكر السياسي الغربي قد فصل السياسة عن الدين والخلق

فصلا تاما ، واطلق على دولته وصف " العلمانية " .

ان النظم الديمقراطية الغربية ليست في جوهرها الا تعبيراً
عن تلك السياسة ، ومعلوم ان الديمقراطية فردية النزعة ، عنصرية
الاتجاه .

أما أنها فردية النزعة ، فلأن هدفها الاسمي هو " الفرد " .
وتغليب مصالحه على مصلحة المجتمع وان كان كثير من التعديلات قد
طرأت على هذا الاصل في القرن العشرين .
وأما أنها عنصرية الاتجاه ، فلأنها هي بعينها الديمقراطية
التي مارست الاستعمار السياسي والاقتصادي بصوره المختلفة ، منذ
القرن الخامس عشر حتى القرن العشرين ، وقد كانت لانكلترا مثلاً
وزارة خاصة يطلق عليها وزارة المستعمرات .
هذا ، وتقوم السياسة على اصول نلخصها فيما يلي :
أ- فصل السياسة عن الخلق والدين ، واقامتها على اصول
خاصة بها .

وقوام هذه الاصول الخاصة ، كما تبدت في تدبيرهم السياسي
في البلاد المستعمرة ، من مثل سورية ومصر والعراق والجزائر و
فلسطين ، والهند ، وليبيا وغيرها اعمال مبدأ التفرق المنعصرى

، وعدم احترام حق الشعوب ، واتخاذ القوة والبطش وسيلة لاكرام
الشعوب المستعمرة على قبوله حكمها ، والدسائس والمؤامرات
والمكر ، واشغال الفتن ، سبيلا لتثبيت دعائم الاستعمار ، عملا
بمبدأ " فرق تسد " والتاريخ حافل بالوقائع التي تؤيد هذا النظر .
ولا يمتروا أحد أن هذه الاصول في السياسة الاستعمارية جسد
مشابهة لاصل سياسة ميكيا فيلي ، لما بينا من ان قوام سياسته ، قوة
الاسد ، ومكر الثعلب ، وضرورة الجمع بينهما ، وأن غاية الحاكم
الوصول الى الحكم ، ثم المحافظة عليه بعمد الوصول بشتى الوسائل
أيا كانت طبيعتها ، وان اخلاص الحاكم للمحكوم في تدبير أمره
يعتبر ضربا من الحمق فإذا كان هذا أصلا في سياسته بالنسبة للحاكم
في شعبه ، ففي حكم الشعوب الاخرى يكون أصلا من باب أولى ، وهذا
لا يعد وان يكون عملا بمبدأ " الغاية تبرر الوسطة " وهو من صميم
السياسة الميكيا فيلية ، وان لم يجهروا به قولا ، فالاستعمار كان همه
دون ريب - ابقاء السيطرة الاستعمارية بكل وسيلة تحقق له هذا
المطلب ، ودون نظر الى قواعد الخلق ، أو تعاليم الدين المسيحي
، أو حتى ما تعارف عليه الناس من فضائل ، وهذا يؤك مبدأ "
السياسة أولا" دون نظر الى أى مبدأ آخر من دين أو خلق ، أو الخير
الانساني العلم

ومما يؤك ان اصول الفكر السياسي الاستعماري قد انحدرت
من فلسفة ميكيا فيلي ، ان الاستعمار او التوسع العدواني - في نظر
ميكيا فيلي - ظاهرة ينبغي أن تبقى في المحيط الدولي ، ان تفرض
ضرورة قيام هذه الظاهرة واستمرارها ، حيوية الامم القوية وسلامتها
فكانت - لذلك - نتيجة طبيعية عادية ومستمرة في نظرهم .

وأيضاً ، المنطق الاستعماري في السياسة الغربية ينتهي فسي تحليله فلسفياً الى مبدأ " مصلحة الاقوى " أو " الحق للقوة " وهو مفهوم (العدل) في السياسة الميكافيلية ، بالامراء ، لما علمت من أن (العدل) ليس شيئاً سوى مصلحة الاقوى في تلك السياسة . هذا ، ولاشك ان الاستثمار انما كان يتم بالفتح والقوة الباطشة ثم ارغام المستعمرات على قبوله ، كرها ، وهذا مما لا يفتر الى دليل ، وليست " الثورات " والجهاد المتواصل الذي تولت كبره البلاد المستعمرة من مثل الجزائر وفلسطين وسورية وغيرها الا نتيجة لذلك الاكراه أو التسلط ، وهذا في جوهره ليس الا تطبيقاً لمبدأ ميكافيلسي في كتابه " الامير " الذي يقضي بأن على الامير ان يحمل الناس قسراً على كل نظام يفرضه ، وقد تأثر (هوبز) الفيلسوف الانكليزي بهذه الفلسفة ايضاً حيث اكد على مبدأ الاستبداد ، واعتبر " العملاق " وما يصدره من قوانين ، هو العدل ، ولا يملك احد ^(١) أن يناقش تلك القوانين او يفسرها ، فضلاً عن أنه يفترض أن المحكومين قد تنازلوا عن حقهم في الحكم على الاشياء بالخير والشر ، أو الحق والباطل ، فهم أشبه بجماادات لا رأى لهم ، ولا ارادة ، وظاهرة الاستعمار التي عمت البلاد العربية والاسلامية ، لم تكن في جوهرها الا تطبيقاً لمبادئ تلك السياسة التي انحدرت اليها من الفكر الفلسفي لدى كيكافيلسي وهوبز وستيوارت ميل وغيرهم .

(١) اساطين الفكر السياسي : ص ١٨ وما يليها - للدكتور شحاته
انظر ما يوحى وصف العملاق من معنى القومية بالنسبة للمحكومين
كان الدولة رعياءها اقزام ورئيسها عملاق ، وهذا يشبه القصة
الخيالية الانكليزية المعروفة بحنون (جليفر ترافلز) ؟

ى - مبدأ الاستعلاء العنصرى ، حق للجنس الابيض والعمل
بهذا المبدأ لا يزال ساريا في كثير من بقاع العالم ولا سيما في آسيا
وأفريقيا ، بل وفي أعظم الدول حضارة ، حتى يومنا هذا ، ولا يعدو
أن يكون العمل به تطبيقا للمبدأ القديم لروما سادة ، وما حولها عبيد " .
ح - اتخذت النظام النيابي أسلوبا للحكم ، كما رأيت وبدأ الفصل
بين السلطات الثلاث : التشريعية والتنفيذية ، والقضائية ، دورا
للاستبداد والتحكم من قبل احداها على الأخرى .

د - جعلت من مبدأ " الحريات العامة " بمفهومها الفردى
التقليدى المطلق الذى لا يتقيد الا بالنظام العام والاداب ، ضمانا
لتنفيذ سلطة الحاكم ، وقدمتها على مقتضيات الصالح العام ، وقصدت
كانت هذه الحريات ابان الثورة الفرنسية انما تعني مجرد الافلات من
استبداد الحاكم ، وفي مقدمة هذه الحريات ، الحقوق السياسية
ولم تتعرض الى تقرير الحقوق الاجتماعية والاقتصادية للفرد ، الا فى
هذا القرن العشرين .

والحقوق السياسية تشمل حق الانتخاب والترشيح ، وحق التمثيل
النيابى ، وحق تولي الوظائف العامة .

هـ - الحرية الاقتصادية ، وهي فرع عن النزعة الفردية المتطرفة .
ومن هنا ، أبيع الاحتكار ، والاستغلال ، واعتبرت الارادة
الانسانية وسلطانها هي أساس العقد السياسى ، والاقتصادى ،
وضمت قاعدة : " العقد شريعة المتعاقدين " بقطع النظر عما يحيط
به من ظروف قد تجعل احد المتعاقدين مدعنا لا راضيا حقا بحكم
وضعه الاقتصادى الضعيف مما يخل بالتوازن في مضمون العقد اقتصاديا
وينبواستغلال ظاهر ، كما أباحت الربا وغيره من صور الاستغلال عيب

وأغرت الفرد بذلك ، ودفعته الى تأييل الثروات عن هذا الطريق تحت اسم سلطان الارادة المعقدية ، أو الحرية الاقتصادية ، كما هو معلوم ، وهو في جوهره استغلال للأزمات ، أو للظروف الملائمة القائمة أو الطارئة ، أو للتفاوت الفاحش من حيث القوة الاقتصادية بين المتعاقدين ، وبعبارة أخرى قامت على " الإنانية " والشهرة المادية ، نتيجة للفردية المطلقة ، وبإباحتها الربا والاحتكار والاستغلال وارسائها لمبدأ سلطان الارادة المطلق ، نشأت قوة مالية واقتصادية في يد طبقة كانت ذات أثر فعال على أداة الحكم تسيره وفق مصالحها الخاصة ، مما أثر بالتالي على الحقوق السياسية والحريات العامة ، فجعلها شكلية جوفاء ، أو مجرد وسائل لا تفضي الى غاياتها المقصودة منها ، ومن هنا كان الاستبداد والتسلط ، بفقدان ما أنيط بالحريات العامة من كفالة تقييد السلطة بعنصر افراغها من معناها الحق ، حتى غدت حريات صورية .

و - الديمقراطية السياسية الغربية نظام تقريبي لا تقويهي بمعنى أنه يترك الجمهور ويأخذ الناس على علاتهم أو على ما هم عليه ، ويعاملهم على هذا الاساس ، باسم الحرية .

ولو رحنا نبحث في تاريخ الفكر السياسي الغربي لمجرد المقارنة النظرية بين أصول بعض نظرياته وبين ما أستقر في الاسلام من مبادئ ، لالفينا عجيبا .

فلو أخذنا - على سبيل المثال - فلسفة " سبنسر " السياسية لالفينا ، يوحس نظريته السياسية على نظرية " تنازع البقاء " أو " البقاء " أو للإصلاح " كما ذكرنا وتفرغ عن هذا ، ان الدولة - فسي

نظر سبتنسر - ليست ملزمة بتقديم اى مساعدة للفقراء ، او بذل اى معونة للمحتاجين ، بل يرى - ان على المجتمع ان يبيد أو يستأصل تلك العناصر التي تقع صريحة التنازع على البقاء ، والمطالعة العابرة لمثل هذه الآراء توحى بتجردها عن النزعة الانسانية جملة دون ريب .

هذا ، وقد تبنت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ هذا النظام . .
الديمقراطي القائم على الفردية ، والمبدأ الحرفي للاقتصاد ، أو ما يسمى بالنظام الليبرالي ، واعتمدت القانون الطبيعي المبهم الذى كان ظهره سيرا للنزعة الفردية دستورا لقوانينها .

مقارنة اصول الفكر السياسي الغربي بقواعد التشريع السياسي الاسلامي :

مع النقد والتوجيه :

١- يتجه على الفكر السياسي الغربي ، ان الاخلاق " ترتد من حيث منشؤها الى البصيرة الفطرية في الانسان ، لقوله سبحانه لا بل الانسان على نفسه بصيرة " ولن تغنيه المعادير " ولو القى معاذيره " في الانحراف عنها او طراحها ، والبصيرة قوة ذاتية فطرية مركوزة في الانسان تقدره على التمييز بين الخير والشر ، والنفع والضرر والفجور والتقوى ولعل في هذا تفسير لقوله - صلى الله عليه وسلم - " الحلال بين ، والحرام بين " ولقوله تعالى " فآلهمها فجورها وتقواها " .
هذا ، وقد أشار الرسول - صلى الله عليه وسلم - الى ان هذه البصائر " الفردية الفطرية الذاتية ، يتكون من مجموعها " وجدان عام لدى المؤمنين ذو قوة في الشرع معتبرة في الحكم على الاشياء ، وفي التمييز بينهما بقوله - صلى الله عليه وسلم - " لا تجميع امتي "

على ضلالة " وبالأثر " مارآه المسلمون حسنا ، فهو عند الله حسن " فتجريد السياسة عن الخلق اذن ، مما ينافي اصول الاسلام من حيث انه أقام العلاقة - وطيدة محكمة - بين تشريعه السياسي ، وبين فطرة التكوين الانساني ،

وتأسيسا على هذا ، فكل اتجاه عملي ، أو تشريع سياسي ينافي مقتضى الفطرة الانسانية ، مكتوب له الفشل ، ان لم يكن سببا في استسراء الفساد والظلم والانحلال .

ولا يقال ان الاخلاق منشؤها المجتمع والاعراف ، ومن ثم تتطور بتطورها ، لان هذا يقضي على اصالتها وثباتها بحكم منشئها الفطري ، وايضا التشريع الاسلامي ليس محكوما بالاعراف ، بل هو حاكم عليها ، يقر منها ما تجيزه معاييرها ، ويتفق مع أغراضه . وعلى هذا ، فالاخلاق في الاسلام ثابتة ، بامور ثلاثة :

أولها - بحكم تكوين البصيرة فطرة .

الثاني - بالتشريع الأمر القاطع النى جاء استجابة لتلك الفطرة .

الثالث - بالعقيدة ضمانا لاصالتها . ورسوخها ، وعدم انحرافها

أو تبدلها ، ولا نعلم مهيمنا على الهوى كالاعتقاد الحق

وبذلك اوضحت العقيدة نفسها ميزانا للاخلاق ، بما هي (١) اطارها

الذى لا تتعداه . وتأسيسا على هذا ، كانت السياسة التي تدور في

فلك العلمانية المجردة انحرافا عن أصل الفطرة الانسانية ، ومضادة

(١) أى لكون العقيدة اطار للاخلاق

لها قطعا ، وهذا فارق عميق يفصل ما بين التشريع السياسي الاسلامي ، وغيره من السياسات العلمانية .

وأياها ، نجم عن أصل فطرية الاخلاق ، مسئولية الالتزام بها ذاتيا ، فضلا عن النصوص التشريعية الآمرة ، ومن هنا كانت " الحرية المسئولة " التي صورها القرآن الكريم ، بأن تغيير القوم ما بهم ، على نحو يتفق ومقتضى أصول الاخلاق الراسخة في بصائرهم ، أو يخالف عن مقتضاها ، سبب في تكييف مصيرهم ، خيرا أو شرا ، مصداقا لقوله تعالى : " ان الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم " أى من تغيير الد واقع الى العمل بأحسان الاخلاق او نقائصها عذوا لمصير الى نقائص الاخلاق ، هو في واقع الامر تغليب للقوة التدميرية الرابضة في اعماق نفسه الانسانية ، وهي الاهواء والغرائز والميسول لانهايار العامل الخلقى الذى ينهض بحيرة الضمير ، وحكمة العقل ولهذا اثره البالغ في حياة البشر ، ولا سيما اذا تعلق بتدبير سياسي ، وعلى الصعيد الدولي ، كما يجر الى الاستهانة بالقيم العليا ثم الى الانحلال والاستهتار ، في الميدان الاجتماعي ، وينتهي الى التقاتل على " المادة " والتهاك على " الجنس " لانعدام المسئولية في الحرية ، وهيمنة الخلق عليها ، وهو ما تعاني منه أم كثيرة فمن بقاع العالم في عصرنا هذا ، فتجريد السياسة عن الخلق ، تصبح معه السياسة قوة هدامة لهدمها قوة الخلق في الفرد والمجتمع وتقويضها لاصل الالتزام والمسئولية في الحرية .

فنخلص أن الدين والاخلاق ضرورة حيوية في النشاط الانساني ولا سيما في التدبير السياسي .

أما الدين ، فلانه ميزان الخلق ، وضمان ثباته واساس الالتزام
به ، ومنشأ المسئولية في الحرية .

وأما الخلق ، فلانه معتصم الانسان مما يربض في اعماق نفسه
من قوة تدميرية تتمثل في أهوائه وغرائزه ، فتأتي على حيوية الضمير
وصفاً الوجدان ، وحكمة العقل ، بعمد التوجيه العقدي والخلقي
ثم يكون الانحلال والتكالب على الجنس والمادة ، آخر الامر كما اسلفنا
فالدولة التي تفصل السياسة عن الدين والخلق ، تغدو غير
متحضرة انسانياً ، وان كانت متقدمة مادياً .

٢- ويتجه عليهم في تبريرهم للاستعمار ، والتوسع العدواني
من زعمهم بأنه ظاهرة عادية مستمرة تنشأ نتيجة لازمة لحيوية الدول
المستعمرة وسلامتها ، وفرد قوتها ، يتجه عليهم في هذا
أن " الضعف " او محدودية أسباب القوة . ، والمادية
والمعنوية لدى بعض الشعوب ، يضلح علة في استباحة
الحرمانات ، وانتهاج الخيرات ، وإزهاق الأرواح ، وهضم حقوق
الشعوب وتجهيلها ، للاستعلاء في الأرض بغير الحق ، عنصرياً
بل " الضعف " داعية الى " العون " والبذل والإنقاذ ، والانصاف
تلاقيا لاسبابه ، رحمة ، وانتصافاً وتكافلاً انسانياً ، وهو ما جاء
به الاسلام على ما بينا .

وهذا كان " الاستعمار " في حقيقة أمره ، وطبيعة آثاره
مناقضاً للعدل الدولي ، وقانون الرحمة ، بوجه خاص ، والفضيلة
الانسانية العليا ، آخر الامر ، تلك الاصول التي قررها الاسلام
بصورة قاطعة في تعريه السياسي .

أما أن الاستعمار مناف للعدل الدولي ، فلانه محض يغني وعدوان
واستلاب ، وتحكم وهو محرم شرعا بالنص (١) .

وأما كون الاستعمار منافيا للمصلحة الانسانية العليا ، فلانها
تتمثل في " العدل " الدولي " وتقرير حقوق الشعوب في الارض
والتعاون المثمر بينها في دائرة البر .

ومعلوم ان ظاهرة الاستعمار بجميع صوره ، قوامها تحكم القوى في
الضعيف ، أرضا وثروة ، وفكرا ، ومعتقدا ، وحياة ، ومصيرا ، تحقيقا
لمصلحة الاقوى ماديا ، كما بينا ، وهذا مناف بدهاهة للعدل الدولي
رأسا ، لانه شريعة الغاب ، وهو من ابرز اسباب الاضطراب العالمي
والعدل الدولي مصلحة انسانية ، عليا ، بلا ريب .

وأیضا ، لا تلازم بين الحق والقوة حتى يكون الحق تابعا لها
فقد يكون الحق للضعيف وهذا هو الواقع في السياسة الدولية غالبا
في عصرنا هذا ، بل عبر العصور غالبا ، ومن هنا ، أدرك الاسلام
هذا الوضع البشري الظالم ، فكان من أولى مهماته تغييره ببسبدا

(١) قال تعالى : " ولا تعتدوا ، ان الله لا يحب المعتدين " لقوله

تعالى : (يا ايها الذين امنوا اذا ضربتم في الارض فتبينوا ، ولا
تقولوا لمن اتى اليكم السلام لست مؤمنا ، تبغون عرض الحياة
الدنيا ، فعند الله مغنم كثيرة " .

وثمة آيات كثيرة واحاديث صحيحة تنهي عن العدوان والبغسي
وتوجب اقامة العدل الشامل المطلق بين البشر والمساواة بين
الشعوب والتعاون على البر على الصعيد الدولي ، كما ذكرنا
" وتعاونوا على البر والتقوى " بما طلاق ، باستثناء المحارم ومن
ومن يظا هرهم .

آخر بد يلا عنه ، يرمى الى اقرار الحق في الارض عدلا ، وانتزاعه من غاصبه القوى ، نفاية أساسية من غايات السياسة الخارجية للدولة في الاسلام ، أفصح عنها الخليفة الأول أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - يؤخذ بروعتها ، كل منصف ، بل كل عاقل ، ان يقول :

" والقوى فيكم ضعيف ، عندى حتى آخذ الحق منه ، والضعيف فيكم قوى عندى ، حتى آخذ الحق له " .

مبدأ سياسي عام خالد ، ورائع حقا ، جاء لينقض المبدأ الاستعماري المعروف : " الحق للقوى " او مصلحة القوى ، كما ترى يقرر أن " الحق للعدل " ولذا شرع الاسلام وجوب اعداد القوة المرهبة للعدو حماية لهذا المبدأ ، وتنفيذا عمليا لمقتضاه ، ان لا بد للحق من قوة تحميه وتضمن تنفيذه ، ولذا اوجب الجهاد ، والتضحيات الجسام بالاموال والانفس في هذا السبيل واعتبر صحيحا خالصا لله تعالى ، وابتغاء مرضاته ، دون أى غرض نفعي مادي او توسيع عدواني ، فكانت الحرب - في الاسلام - ضرورة لمثل هذه الاغراض هذا ، ومبدأ " الحق للقوى " يستهدف تغليب مصلحة هذا الاقوى ماديا استعلاء بالعنصر أو كما يعبر القرآن الكريم ، " ان تكون امة هي اربى من امة " بغير حق ، وقد هدم الاسلام هذا الغرض في كثير من آياته ، من مثل قوله تعالى : (ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوة انكاث ، تتخذون ايمانكم دخلا بينكم ، أن تكون امة هي اربى من امة " ولقوله تعالى : (تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا في الارض ولا فسادا) فظهر جليا ، ان الاستعمار

ظاهرة من " الظلم " والطفيان والفساد في الارض ، نشأت عن الهوى
والمعصية ، والانانية والشره المادى ، وتزعة الاستعلاء بالعنصرية
وهي من مظاهر الضعف في القيم ، والخلق ، والافتقار الى الهداية
الالهية ، ولذا ، جاء الاسلام لينقذها من القواعد ، لان " الظلم
العالمي " منافع للمصلحة الانسانية الحليا ، بلا مراة

ولعل نزعة الاستعلاء بالعنصر ، او الانانية ، هي التي حملت
فلسفة السياسة العلمانية الى تجريد ها من الخلق والدين ، لانهما
لا يلتقيان مع أغراضهم المدوانية التي ما فتثوا يشعلون نار الحرب
الدمرة من أجل تحقيقها ، طفيانا وظلما ، حتى يومنا هذا ، قال
تسالى في تصوير هذا الوضع : " الذين آمنوا يقاتلون في سبيل الله
والذين كفروا يقاتلون في سبيل الطاغوت ، فكل تلوأ أولياء الشيطان
، ان كيد الشيطان كان ضعيفا " .

وأما كون " الاستعمار " مناقضا لقانون الرحمة الانسانية ، فظاهر
من قبل أن استلاب المستضعف المقهور حقوقه هو زيادته هلاكاً الى
هلاكه ، وكذا تجهيله ، لانه يصبح عالة على المجتمع الدولى ،
او عضواً أهل ، وليس هذا من مهمة رسالة الاصلاح في الارض ، ولا
" التعاون " البشر بين الشعوب في دائرة البر والخير المشترك ، بل
هو شر مستطير ، وفساد عريض . ومن هنا جاءت تعاليم الاسلام على
النقيض ، لقوله تعالى : " ونريد أن نمن على الذين استضعفوا في الارض

ونجعلهم أولاداً " بل الرحمة هي الغاية الاساسية التي استهدفها
الاسلام من أنزال شريعته ، لقوله تعالى : (وما أرسلناك الا رحمة

للعالمين " ولقوله - صلى الله عليه وسلم - " لا تنزع الرحمة إلا
ومن شقي " لقوله عليه السلام : " ارحموا من في الارض يرحمكم من
في السماء " وكيف يتفق هذا مع واقع نظرية سبنسر ، ومع آفاق الدولة ليس
من مهماتها ان تعين الفقراء او المحتاجين حتى من ابنائها ، فضلا
عن ابناء غيرها من البشر ، وان على المجتمع استئصال وابادة الاضعف
وهذه نزعة غير انسانية بلا ريب تبرأ منها الاسلام ، ألا ترى انه
جمل " الزكاة " ركنا أساسيا في الدين ، مصدرا ماليا دائما لتمويل
مصارفها المتعددة ، تكافلا ملزما بين القادرين والضعفاء ، وغير ذلك
من الموارد المالية ؟

٣- ويتجه على هذه السياسة ايضا ، في ذهابها إلى أن الدولة
ليست من مهمتها " الاصلاح " بل عليها أن تأخذ المجتمع كما هو
وتعامله على هذا الاساس ، بان تعمد الى رصد الظواهر الاجتماعية
وبناء الاحكام او التشريعات على اساسها ، كما يقول العميد دوجي
وهذا مبدأ تقريرى لا تقويى ، وهو خلاف مهمة رسالة الاسلام
التي قوامها أمران :
الصلاح والاصلاح

وقد رأيت أن فقهاء السياسة من المسلمين ، قد بينوا مهمة
الدولة ، بقولهم : " حمل الناس على مقتضى الفطرى الشرعى " وقولهم "
خلافة النبوة في سياسة الدنيا ، وحرمة الدين " والحمل هو الالتزام
بالاصلاح جبرا ، وكذلك النهاية عن النبوة ، انما كانت " في مهمة
الاصلاح " البشرى ولو كانت لا بقائها على ما هم عليه من الشر
والفساد والباطل والظلم ، لما كان ثمة من حاجة ولا معنى لا تنزّل

الشرائع وارسال الرسل أصلاً .

وقد أكد القرآن الكريم ، ان مهمته هي الاصلاح العالمي ، وذلك باخراج الناس من الظلمات الى النور ، وجرى هذا المعنى على السنة الرسل وحكاه القرآن الكريم : " ان اريد الا الاصلاح ما استطعت وما توفيقي الا بالله " وقوله تعالى : " اخلفني في قومي ، واصحح ولا تتبع سبيل المفسدين " وقوله تعالى : " والله يعلم المفسد من المصلح " وليس العمل الصالح الا نتيجة لذلك .

هكذا ، وقد كان من واقع السياسة الاجنبية عملاً ما يفيد ان مهمة تلك السياسة ، القا بذور الشقاق بين الشعوب ، تمكينها من السيطرة عليها ، والتحكم فيها وموادي ذلك المبدأ " فرق تسد " وهو اساس السياسة وهو من صميم مبادئ السياسة الميكافيلية ، في بعض الدول المعاصرة والله تعالى يقول : " لاخير في كثير من نجواهم ، الا من امر بصدقة ، او معروف او اصلاح بين الناس " وقوله تعالى : " واصحح ولا تتبع سبيل المفسدين " والنص مطلق يشمل الناس كافة لا المسلمين خاصة .

ومن اخص مهمات السياسة الاسلامية ، التعاون الانساني العام على البر والتقوى ، لا التعاون على الاثم والعدوان ، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وقد وصف القرآن الكريم تلك المهام في قوله سبحانه : (الذين ان مكاهم في الارض اقاموا الصلاة ، وآتوا الزكاة ، وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر) كما وصف الدولة الاستعمارية المفسدة بما يصدر عن رؤسائها الذين يمثلونها بقوله تعالى : (واذا تولوا ، سعى في الارض ليفسد فيها ، ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد)

وإذا قيل له اتق الله ، اخذته العزة بالاثم ، فحسبه جهنم ونفس
المهاد) .

كما حذر القرآن الكريم من افساد ذات البين في مجتمع الدولة
الواحدة ، ومن باب اولى بين الدول ، بقوله تعالى : " واتقوا
الله ، واصلحوا ذات بينكم " .

هذا ، والتفرق والانشقاق ، وافساد ذات البين في مجتمع
الدولة الواحدة ، ومن باب اولى بين الدول ، بقوله تعالى : " واتقوا
الله ، واصلحوا ذات بينكم "

هذا ، والتفرق والانشقاق ، وافساد ذات البين ، اطلق عليها
الاسلام " الحالقة " التي تحلق الدين ، وتعصف بالمبادئ والمثل
، ويعود الناس فوضى مضاعين وقد حذر الاسلام بوجه خاص ، من
اشغال نار الفتن ، بقوله تعالى : " واتقوا فتنة لا تصيبن الذين
ظلموا منكم خاصة "

هذا ، وقد رتب القرآن الكريم جزاءات دينية واخرية على
احداث الشر والافساد في الارض ، بقوله تعالى : " ظهر الفساد
في البر والبحر ، بما كسبت ايدي الناس ، لئذ يقم بغض الكذي
عملوا ، لعلهم يرجعون " .

٤- ويتجه عليهم فيما ذهبوا اليه من مبدأ اكراه الحاكم الشعب
على مبدأ ينتقده هو ، أن (العقيدة) ولو سياسية عنصر نفسي
لا سبيل الى تأسيسها بالقوة المادية ، فضلا عن أنها لا توتي ثمارها
عن هذه الطريق اى دون اقتناع ذاتي .

وايضا ، (الاكراه) الغاء للشخصية ، ومحو للارادة الانسانية

وهو ما لا يقره الاسلام بحال ، حتى في العقيدة الدينية التي هي القضية الاولى ، لقوله تعالى : " ولو شاء ربك لآمن من في الارض كلهم جميعا أفأنت تكفره الناس أن يكونوا مؤمنين " ولقوله تعالى " لا اكراه في الدين ، قد تبين الرشد من الغي " كما اشرفنا ٥- ويتجه عليهم في التمييز العنصرى ، بأنه ظلم وفساد كبير فضلا عن أنه افتئات على أصل فطرة التكوين الانساني ، فكل تصرف على اساس هذا التمييز ، مناف لمقتضى العدل ، والمساواة ، فضلا عن الفطرة ، كما أسلفنا .

٦- ويتجه عليهم في فكرة " العملاق " التي قررناها تاريخ الفكر السياسي الغربي أنه الاستبداد والظفغان بعينه ، وان تشريعـه الذى يصدر عن ارادته الفردية ، مظهر لهذا الاستبداد ، بدليل ان ليس للناس مناقشة ، ونحن نعلم ، ان الاسلام حارب " الظفغان " ايما محاربة ، وجسده في شخص " فرعون " ولهذا كان التشريع لله ورسوله ، وان الدولة مقيدة به ، وان تفسيره وتطبيقه مقيد بالشورى ايضا ، ولكن من اهله ، والمتخصصين فيه ، وهذه هي الشورى السياسية والتشريعية في الدولة . وان رئيس الدولة مسئول .

فتلخص ان الاسلام يحرم الحرب للاستعمار ، او الاستعلاء العنصرى والجنوح الى استضعاف الشعوب في سبيل ذلك . كما يهدم ميسدا " الحق للاقوى " لانه ظاهرة من الظلم والفساد والشر ، ويوجب الاصلاح بالتشريع الملزم ، وسلطة الدولة واقامة العدل الممام والمساواة بين شعوب الارض ، فلا تفاضل بينهم بسبب امر عارض يحكم ظروف البيئة ، كاللون ، واللغة ، بل بالعمل الصالح ، وكفل حرية

الاعتقاد والتدين ، وأرسى مبدأ " الحق للاعدل " وأوجب الشورى
منعا للتفرد بالحكم ، او الاستبداد ، بالرأى وحارب " الظفيان "
تحقيقا للمصلحة الانسانية العليا ، كما أرسى مبدأ التعاون المشور
على الصعيد الدولي ، تحقيقا للخير والانساني العام ، وتوثيقا
للتواصل الحضارى ، واقام العلاقة الوثقى بين السياسة والخلق
والدين وأوجب الجهاد والتضحيات الجسام ، بالاموال والانفس ، في
فريضة ماضية الى يوم القيامة ، لالكراه على اعتناق الدين ، بل اعلاء
لكلمة الله في الارض ، وتحقيقا لتلك القيم الخالدة وحمايتها ، جمعاً
بين الحق ، والعدل ، والقوة ، بجميع معانيها ، مادة ومعنى .
ثامناً - الحقوق الفردية والحريات العامة في التشريع الاسلامي

منشأ الحقوق الفردية ، والحريات العامة هو هذا التشريع
نفسه ، من واقع احكامه ، نصاً أو دلالة ، وهذا بالاجماع .
ومعنى هذا ، أن مصادر التشريع هي مصادر الحقوق والحريات
وليس ذات الانسان وهو ما قرره الامام الشاطبي بقوله : " واما حق
العبد ، فراجع الى الله ، من جهة حق الله فيه ، ومن جهة أنه
كان لله ألا يجعل للعبد حقاً أصلاً " .

ولعل خطبة الوداع اعظم وثيقة اشتملت على تقرير حقوق الانسان .
فالتشريع الاسلامي اذن هو اساس الحق او الحرية ، يقره بحكم
ومعلوم أن الحكم الشرعي اصولياً ، هو خطاب الله تعالى المتعلق
بأفعال " المكلفين " فالانسان - في شرع الله - هو انسان بالتكليف
والمسئولية قبل أن يكون صاحب الحق او الحرية .

أما أنه مكلف ، فلأن الحكم الشرعي يوجب تكليفا ، سلبا أو ايجابا حتى الحرية أو الإباحة تتضمن تكليفا ، ٧ من حيث أصل خيرة المكلف في الفعل أو الترك ، بل من حيث التصرف بمقتضاها ، إذ يوجب الشارع إلا يكون مطلقا ، بل حسبما بين الشارع ورسم (٧) وهذا تكليف على أن لمسي أصل الخيرة ضربا من التكاليف أيضا إذ ينبغي أن تكون الخيرة على وجه لا يلزم عنه ضرر بالغير راجح ، ولا سيما المجتمع ، والا كان لولي الأمر تقييد المباح ، ايجابا أو سلبا ، تقييدا موقوتا ، حتى تنزل الظروف التي استدعت ذلك التقييد ، كما أسلفنا ومقتضى هذا التكليف بالوجوب أو المنع وأما أنه مسئول ، فلأن من المقرر عقلا وشرعا ، أن لا تكليف بلا مسئولية .

على أن مسئولية الإنسان عن تصرفه في جميع وجوه نشاطه الحيوي مقررة بنصوص قاطعة ، من مثل قوله تعالى : " وإن تسدع مثقلة إلى حملها ، لا يحمل منه شيء " ، ولو كان ذا قرين " وقوله تعالى " كل امرئ بما كسب رهين " وقوله تعالى في مسئولية الرسل ومن ارسل اليهم : " فلنساءلن الذين ارسل اليهم ولنساءلنا " وقوله تعالى : " ولا تزر وازرة وزر اخرى " وإن ليس للإنسان إلا ما سعى وإن سعيه سوف يرى ثم يجزاه الجزاء " وفى قوله تعالى : لها ما كسبت

(١) راجع كتابنا الحق ومدى سلطان الدولة في تقييد : ص ٦٩ وما يليها

(٢) يقصد بالتكليف السلبى ، التحريم والكراهة التحريمية والايجابى الفرض والواجب .

وعليها ما اكتسبت" وقوله صلى الله عليه وسلم " كلكم راع وكلكم مسؤول
عن رعيته . . الحدِيث " .

وغير ذلك من الآيات والاحاديث الشريفة .

وأيضاً ، اذا كان التكليف هو توجيه الخطاب الى البالغ العاقل
بواجب بطلب اليه اداؤه الزاماً ، سلباً أو ايجاباً ، فان هذا الواجب
لا بد أن يقابله حق ينشيء سلطة تمكن المكلف من الاداء ولا تعذر
النهوض بالتكليف ، انه لا واجب بلا حق ، فالتكليف اذا اديست
كانت حقوقاً للغير ، فتقرير الحقوق ان كان عن طريق التكليف كما ترى !
غير ان التشريع الاسلامي - فيما يبدو - قد أولى عناية اداء
الواجبات قبيل تقريره منح الحقوق ، والحريات ، اهتماماً بشأن الواجب
والتكليف ، ناهباً منه الى أن في النهوض بهذه الواجبات على وجهها
الاكمل ، ضماناً كافياً لصيانة الحقوق ، والحريات نفسها ، ان ينفسي
عليها او تهدر ، أو يساء استعمالها .

فضمان الحقوق والحريات العامة - كما ترى - منشوء التشريع
نفسه ، بما فرض من تكاليف ، وليس من تقييد سلطة الحكم بها أى بأمر
خارج عن هذا التكليف ، على ما ذهب اليه فلاسفة الفقه الوضعي ، لان
ابتداعهم لنظرية الحقوق الفردية وما تخيله الفقهاء والفلاسفة من أصل
نشأتها وطبيعتها ، واطلاق التصرف فيها ، كمبررات لتقييد سلطة
الحكم ، انما كان مرده " الحكم المطلق " وهذا يتصور في غير التشريع
الاسلامي لسبب بسيط ، هو أن سلطة التشريع في الاسلام لله ورسوله
لا للحاكم ، فسلطته ان مقيدة بالشرع نفسه ابتداءً .

هذا فضلا عن " العقيدة " ضماناً للحريات والحقوق ، وبما ذلك

، ان الحقوق الفردية ، والحريات العامة ، اذا كان مشوءها التشريع
الالهى نفسه اعتقادا ، وكانت ممارستها او التصرف فيها على النحو
الذى رسم هذا التشريع ، امثالا لله تعالى ، وللماعة في التكليف
ووفاء بالمسئولية ، لزم عن ذلك أن يكون كل حق وحرية مظهرا لهذه
العقيدة نفسها ، لا أثرا لمطلق الغريزة والهوى ، وهذا يؤول
بالحرية الى أن تكون ممارستها عبادة وخلقاً ، تتمثل في أداء امانة
التكليف ، ابتغاء مرضاة الله سبحانه ، قبل ان تكون سياسة وتدبيراً
او تصرفاً سياسياً .

ومن هنا ، كانت الحرية العامة ، أو الحق الفردى ممارسة
ناشئة عن اعتقاد ثبوتها ، بالتكليف والمسئولية شرعا ، فكان هذا
الاعتقاد هو منطلق ممارستها ، عملا في المجتمع لا دافع الغريزة
والهوى ، أو الاثرة والانانية ، ولا تبعية التقليد .
وتأسيسا على هذا ، لا يمكن تصور الانسان حرا ، بالمفهوم
الاسلامي ، الا منذ أن أصبح يعتقد أنه مكلف ومسئول لافي أصل
جبلته ، لان هذا الاعتقاد بثبوت الحق والحرية ، بالتكليف ، هو
منطلق ممارستها عملا ، كما اشرنا ، وقبل ذلك ، كان تحكيم الغريزة
والهوى والاثرة ، أو التقليد والمحاكاة ، وفي الاولى عبودية لا حرية
فيها ، وكذلك في الثانية ، لما فيها من الغاء للإرادة والشخصية
والهوى والتقليد كلاهما يتغلبان على حكمة العقل ويقظم الضمير
كما اشرنا ، ولذا كانا هما الدواول للاسلام .

وإذا كان كل من ممارسة الحرية والحق ، ناشئة عن الاعتقاد
بثبوت أصلهما بالتكليف والمسئولية عنه ، لا قبلهما لزم من هذا ، ان

الانسان لم يخلق مزودا بالحقوق والحريات بأصل جبلته ، وانما خلق ليكون حرا بالتكليف والمسئولية . وهذا الاصل في الاسلام على النقيض مما ذهب اليه الديمقراطية السياسية ذات النزعة الفردية ، وفلسفتها الخيالية ، وهو ما أشار اليه الامام الشاطبي بقوله : " وأما حق العبد فراجع الى الله ، من جهة حق الله فيه ، ومن جهة أنه كان لله الا يجعل للعبد حقا اصلا "

اذن ، التشريع الاسلامي هو الذي انشأ الحق انشاء ، وضمنه مفهوما معينا حدده بأحكامه ومبادئه ، ووضع دستوراً لممارسته يحقق ذلك المفهوم عملاً ، وهذا أمر واقعي ومحسوس ، وليس ذات الانسان منشأ للحق ، ولا القانون الطبيعي ، لان منشأ فلسفة وخيال ، دفع اليه الرغبة في التخلص من استبداد السلطة الحاكمة ، او ظلم الملوك في القرن الثامن عشر .

وعلى هذا ، فالاصل ان المسلم الحق - في هذا التشريع - هو انسان التكليف والمسئولية قبل أن يكون صاحب الحق والحرية ، لسا أسلفنا ، وانه ليس انسان الانطلاق والفوضى الذي يفعل ما تملي عليه رغائبه وشهواته ومنافعه الذاتية بحيث يكون همه الافلات من استبداد سلطة الحكم ، ومن التبعات التي يلقيها على عاتقه المجتمع ، لأن هذه الاوضاع ينكرها الاسلام .

فالحرية العامة والحقوق كافة ، منظور اليها من خلال التشريع الاسلامي نفسه أولاً ، نشأة ومفهوما ، وضمانها بالتكليف ، وقد منحت او شرعت لغايات مرسومة شرعاً ينبغي على أربابها ان يمارسوها على نحو يفضي الى تحقيق تلك الغايات ، وهذا لا يتفق مع الاطلاق والهبوى

والفوضوية في شيء .

ومن هذا ، يبدو لنا ، ان اعتبار الحق او الحرية خصيصة طبيعية للانسان الفرد ، قد خلق مزودا بها ، على النحو الذي رأينا في الفلسفة الفردية ، كيلا يكون للحاكم سلطان عليها ، انما كان مجرد افتراض فلسفي ، او تخيل وهمي اختلق تبريرا لمقاومة الاستبداد في الحكم ، أو ضمنا — كما قيل — للحد من العسف السياسي ، حتى لم يعد للحرية من معنى في تلك الفلسفة الا الافلات من سلطات الدولة وليس هذا النظر مما يتفق وطبيعة الحقوق والحريات العامة في الاسلام في شيء ، لا من حيث المنشأ ، ولا من حيث المفهوم ، ولا من حيث الدواعي والبررات التي اقتضتها ظروف خاصة لم يعرفها المجتمع الاسلامي .

أما من حيث " المنشأ " فظاهر ، لان اصل الحق هو الشرع وليس ذات الانسان ، او القانون الطبيعي الذي كان ظهيرا للنزعة الفردية ، بدليل أن أصحاب هذه الفكرة ، قد اخذوا ينكصون عنها . وأما من حيث المفهوم ، فلان كلا من الحق الفردي ، أو الحرية العامة في الاسلام ، ذو مفهوم فردي واجتماعي معا ، على ما سيأتي بيانه ، الامر الذي ينافي معنى الفردية الخالصة ، والاطلاق في التصرف وفق المشيئة والهوى والاثرة ، فضلا عن معنى الافلات من استبداد السلطة .

وأما من حيث " البررات " فانها غير ذات موضوع في هذا التشريع لسبب بسيط هو ان الاسلام لا يجيز الاستبداد بحال ، أو اى لون من ألوان الحكم الظالم ، اذ التشريع لله ولرسوله ، لا للارادات الانسانية

المتغيرة بما يوجهها من نوازع وأهواء وأثره وانانيات ، فهذه المشكلة
لا يعرفها الاسلام على الاطلاق .

تاسعا - الاسلام بتشريعہ السياسي بوجه خاص ، وتشريعہ

العام ، رسم طريقا عمليا لتحقيق الحريات العامة في معانيها الحققة

حتى لا تغدوا صورا بلا مضمون ، وشكلا بلا معنى .

التشريع الاسلامي - في واقع الامر - جاء لتحرير الانسان ،
نفسا ، وعقلا ، وارادة ، من سلطان الهوى ، وتبعية التقليد .
واعتبار أن " الانسان " مدني بالطبع ، كما يقول العلامة
ابن خلدون ، لا يسعه العيش الا في مجتمع ، كانت " الغاية "
من منحه الحق او الحرية ، في الاسلام مزدوجة ، وهي تحقيق
المصلحة لنفسه ولمجتمعه في آن معا ، على نحو يوصل معنى الكرامة ،
ودرء الضرر والمفسدة عنهما ، وإزالة العقبات التي تعترض سبيل المجتمع
في نموه وازدهاره وهذه غاية اجتماعية وانسانية ، فكان الاسلام ذا نزعة
جماعية بلا مرأ ، لمراعاته المصلحتين : الخاصة والعامة على السواء .
وقد أوضحنا آنفا ، ان لا انفصال بين الصالح العام والصالح
الخاص في هذا التشريع ، فهما متعاونان متكافلان ، وهذه " الغاية "
المزدوجة هي محور التشريع الاسلامي كله كما أشرنا ، ولا يقر الاسلام
تناقضهما ، بل يوجب رفعة بقواعد محكمة .

وقد أدرك هذا المعنى بعض الكتّاب المحدثين بقوله : " ومهما
تكن - الحقوق - شخصية ، لا يمكن أن تكون منفصلة انفصالا كاملا عن

حقوق الناس (١) -

(١) المجتمع الإنساني : ص ١٩ ، أبو زهرة .

ولا يقصد بالمعنى الاجتماعي والانساني في الحق الفردي والحرية العامة ، الا هذا .

وبدهي انه اذا استحال انفصال " الحق الفردي " عن حقوق الناس ، او حق المجتمع ، " فمصلحة " كل منهما ، لا تنفصل عن الاخرى كذلك ، وهو ما أشرنا اليه آنفا من ان سلامة الصالح العام شرط اساسي لتمكين الفرد من الانتفاع بحقوقه وحرياته .

ومعلوم ان الحق ليس الا وسيلة للمصلحة التي شرع من اجلها . وتأسيسا على هذا ، كان مفهوم الحق والحرية مشتقا من هذه الغاية المزدوجة التي هي محور التشريع كله حتى لا تتناقض الجزئيات مع الاصول العامة ، او مع الاساس العام للتشريع كله .

وقد تمثلت هذه " الغاية الانسانية " من خلق الحياة والموت اجمالا ، في قوله تعالى : " تبارك الذي بيده الملك ، وهو على كل شيء قدير ، الذي خلق الموت والحياة ، ليبلوكم أيكم احسن عملا " .

أي للفرد والمجتمع معا ، على ما دل عليه الاستقراء ، ذلك ان حسب العمل لا يمكن أن يتم بالاحسان الى الذات ، والاضرار بالمجتمع .

الاصل أن المعنى الاجتماعي والانساني عنصر جوهري في مفهوم

الحق والحرية ثابت شرعا بالاستقراء وهو مناط المشروعية في التصرف أو

الاستعمال اساسها العدل ، اذ لا عدل حيث تنتفي المشروعية ضرورة

فكان هذا الاصل منافيا للفردية في مفهوم الحق والحرية ، والاطلاق

في التصرف فيهما ، وهو ما استقر اصلا في الديمقراطية السياسية ذات

النزعة الفردية .

ان المعنى الانساني والاجتماعي عنصر جوهرى ، في ملاك مفهوم الحق أو الحرية ثابت ، في الاسلام قطعا ، الى جوار عنصره الذاتي ، بحيث غذا ذلك المعنى الانساني جزءاً من مناهج مشروعته ، والا فلماذا جرم الاحتكار ، تحريماً قاطعاً وبالاجماع^(١) اذ الأضرار بالمجتمع ؟ ليس من اليسير ان يقال بأن الحرية الاقتصادية في الاسلام هكذا قولاً مرسل على عواهنه دون تحقيق اصولي على النحو الذي قرره العلامة ابن خلدون في مقدمته ، لاتصال ذلك بالمشروعية والعدل في الاسلام .

وبيان ذلك ، انه اذا كان المعنى الغيرى أو الاجتماعي الثابت بمقتضى الاصل القطعي المعنوى العام : " حق الغير محافظ عليه شرعاً " عنصراً جوهرياً في مفهوم الحق الفردى ، او الحرية العامة ، بحيث ينعكس اثره على مدى السلطة في استعماله ، حق غذا هذا العنصر الاجتماعي مناهج للمشروعية ، تدور معه ، وجوداً وعدماً ، او قل مناهج للعدل في الاسلام ، لان ما لم يكن مشروعاً لا يكون عدلاً

(١) ذهب بعض الحنفية الى أن الاحتكار " مكروه تحريماً " خلافاً للكاساني ومعلوم ان الحنفية لا يفرقون بين الحرام والمكروه تحريماً من حيث العمل ، اذ يوجبون المنع في كل منهما غير ان الفارق يتصل بأمر اعتقادي فحسب ، هو كفر جاحد المكروه تحريماً وعدمه ، وهذا امر ورواه التشريع العملي الملزم .

اقول اذا كان ذلك كذلك ، فان القول بالحرية الاقتصادية بما هو تأكيد لمعنى " الفردية " في الحق ، والاطلاق في التصرف ، يستلزم بديئا - اسقاط هذا المعنى الاجتماعي من مفهومه ، لما قد منما من ارتباطه بالمشروعية ابان التصرف ، وهو ما لا يجوز بحال ، لما قد منما ، من ارتباطه بالمشروعية التي اساسها العدل ، ولذا كان حقا من حقوق الله تعالى ، ونظامه الشرعي العام ، ومن هنا نشأ تحريم الاحتكار - على سبيل المثال - الذي هو في حقيقته مظهر لحرية التصرف في الملك على نحو سلبي (١) .

وتأسيسا على هذا ، فان (الحرية المطلقة) في النشاط الاقتصادي ، والاجتماعي ، والسياسي ، بما تستلزم من وحدة المناط وهو اسقاط المعنى الاجتماعي والانساني الذي تمثل في الاضرار بالمجتمع ضررا فاحشا ، ليست اصلا من اصولنا ، لمنافاتها للمشروعية والعدل ، واخلالها بجهة التعاون ، وهو ما أشار اليه الامام الشوكاني ، والزيلعي ، ومن قبلهم الامام مالك وغيره من الائمة .
وأياضا ، تبدو جوهرية ، المعنى الاجتماعي في مفهوم الحق بمعنى العدل ، وجودا وعدما فيما يرشد لك الى ان قيام المشروعية بتقيد بمراعاته ، وانتفاءها رهن باسقاطه ، والتقييد ينافي الاطلاق بداهة .

وقد رأينا ، أنه حين انتفى هذا العنصر الاجتماعي والانساني بالحرية في التصرف في الملك احتكارا ، تجرد استعماله من العدل

(١) لان الاحتكار هو حبس السلع او المنافع والامتناع عن بيعها والناس في حاجة ماسة اليها ، تربصا بالناس الغلاء ، والامتناع تصرف سلبي .

والمشروعية ، وكان الظلم ، وهو الملحظ القوي الذي اعتمده الامام الكلاساني في كتابه " البدائع " اساسا لتحريم الاحتكار على وجه القطع^(١) ، بناء على تحقق معنى " الظلم " فيه ، ولا منشأ للظلم في الاحتكار الا آثاره من انهيار المعنى الاجتماعي او الغيري وهو الاضرار بالمجتمع ، فثبت - بالمفهوم المخالف - ان صون المجتمع او الصالح العام ، عن الاضرار ، ابان التصرف في الحق الفردي ، او الحرية العامة ، هو منشأ العدل فيه ، وهو المعنى الاجتماعي في الحق الفردي ، او رعاية جهة التعاون .

فتلخص ، أنه اذا كان اسقاط المعنى الاجتماعي من مفهوم الحق الفردي بالحرية المطلقة في التصرف فيه كسبا وانتفاعا ، فان مراعاة ذلك المعنى الاجتماعي وتحقيقه عملا^(٢) ، عدل لا ريب فيه ، عملا بالمفهوم المخالف ، بل هو من أقوى صور العدل في الاسلام لوصفه بحق الله تعالى ، كما بينا .

-
- (١) من ادلة الامام الكلاساني هذا الدليل العقلي ، فضلا عن الادلة التفصيلية النقلية البدائع : ج ص
- (٢) يعبر الامام الشاطبي عن اسقاط المعنى الاجتماعي من مفهوم الحق ، بعدم مراعاة " جهة التعاون " التي أوجبها الله تعالى تشريعا تكافليا ملزما في الفروع والجزئيات ابان التصرف في الحقوق والحريات ، لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) هذا ، واكثر ما يطلق " جهة التعاون " على المصلحة العامة ورعايتها اذ تدخل في مفهوم " البر " دخولا اوليا - الموافقات : ج ص

فبين بجلاء منافية الحرية المطلقة في التصرف في الحق - ومنها
الحرية الاقتصادية - لمقتضيات المشروعية والعدل في الاسلام ، فكيف
يتأتي للعلامة ابن خلدون ان يقول بتلك الحرية المطلقة في الوقت
الذي يعترف فيه بتحريم الاحتكار ؟؟ تناقض ظاهر .

هذا ، وليس حكم الاحتكار تعبديا غير معقول المعنى ، او لا
يمكن ادراك " العلة " التي اوجبت حكمه وهو التحريم ، بل هو معقول
المعنى - كما يقول الاصوليون - ان الضرر العام هو اساس الحكم
بالتحريم ، اجماعا ، وينسحب هذا الحكم حينما تحققت علته ، في كافة
المواطن التي يساء فيها استعمال الحق او الحرية العامة قياسا
وطردا للعلة ، فيكون الحديث خاصا في منطوقه ، لتعلقه بالاحتكار
ولكنه عام في معناه بعد التعليل ، فيشمل كافة الحقوق ^{حيثما} ^{مما} ^{يسببها}
وعلى هذا ، فالشرع ان يوجب على كل مكلف رعاية " جهة التعاون ^(١)
على حد قول الامام الشاطبي ، تعبيرا عن مصلحة المجتمع - ايمان
تصرفه في حقه ، او ممارسته لحرية العامة ، ويجعل هذه الرعاية
مناط المشروعية والعدل - كما رأيت - فانما يؤكد " مبدأ التكافل
الاجتماعي الملزم " في التشريع الاسلامي ، بين الفرد والمجتمع ، كيلا
يقع التناقض بين مصلحتيهما ، والا كان الظلم لا ينتفأ المشروعية فسي
التصرف الفردي ، فالتكافل الاجتماعي اذن ، اساسه العدل ، كما
ترى ، ولا نقصد بالمعنى الاجتماعي والانساني في مفهوم الحق الفردي
او الحرية العامة الا هذا .

(١) الموافقات : ج ٢ ص ٥٥٨

وعلى اساس التكافل - وهو العدل - تقيد الاوامر والنواهي
ابان تطبيق موجباتها في العمل والوقوع ، على ضوء من مآلات هذا
التطبيق ، اذ لا يعقل ان يصطدم موجب الامر أو النهي في هذا
التشريع مع أساس العدل فيه .

فتأدى بنا هذا النظر الى أن الحرية المطلقة سواء في السياسة
ام الاجتماع ، أم الاقتصاد ، تنافي التكافل حتما ، للفردية والاطلاق
، فكانت منافية لاساس العدل والمشروعية ضرورة ، ولذا قلنا انها
ليست اصلا من اصولنا .

على أن العلامة ابن خلدون لا يسعه ان ينكر سبب سقوط
" المشروعية " عن حرية التصرف في الملك احتكارا ، وهو مال تلك
الحرية الذي تمثل في الضرر العام ، فكان ذلك دليلا قاطعا على أن
قيام مشروعية التصرف في الحق وانتفاؤها ، قد غدت رهنا بأثاره ،
مصلحة أو مفسدة ، وهو ما يستلزم نفي معنى الاطلاق عن الحرية قطعا
كما تسرى . .

وترتب على هذا ، أنه اذا انتفى معنى الاطلاق عن الحرية في
التصرف في الحق او الحرية العامة ، انتفى معنى الفردية او الذاتية
الخالصة من مفهومه قطعا ، وثبت بالتالي المعنى الاجتماعي فيه السى
جواره ، وهو ما صرنا اليه فكاننا عنصرا منزوجا فيه ، وهو ما استقر
اصلا معنويا عاما ^(١) ثابتا قطعا - على حد تعبير الامام الشاطبي -
اورث مفهوم الحق والحرية بالاضافة الى العنصر الخاص الذي يتعلق

(١) المرجع السابق .

بمصلحة صاحبه أصالة ، المعنى الاجتماعي عنصرا جوهريا فيه ، لا مجرد قيد يرد عليه من خارج ، كما بينا ، بدليل أن مشروعية التصرف في الحق غدت رهنا بقيام هذا المعنى الأخير كمالا ، فكان جزءا من مناط المشروعية ، بحيث تسقط اذا انتفى واقعا وعملا ومن مثل الاحتكار بيع الحاضر للبادى ، وتلقى السلع ، ومنع بيع الاسترسال ، وبيع المضطر وشرائه ، وتقرير حق الفسخ بالنسبة للمضرور عند اختلال التوازن في اقتصاديات عقد الايجار بالاعذار ، ووضع الجوائح فسي بيع الثمار ، بتخفيض الثمن عن المشتري المضرور بقدر التالف منها ، بفعل النوازل الطبيعية التي لم يكن لاحد المتعاقدين يد في احداثها ولا قبل له بدفعها ، وتحريم انتفاع المرتهن بالمعين المرهوننة وغير ذلك كثير ، استقراء ، لسقوط المعنى الاجتماعي للحق في الممارسة والعمل في كل اولئك ، سواء أكان الضرر والراجع خاصا أم عاما ، دفعا له وترسيخا لمبدأ التكافل الملزم في التعامل ولا سيما عند حلول الازمات ، منعا للاستغلال والضرر مما يستلزم القول بانتفاء الحرية الاقتصادية التي ذهب اليها ابن خلدون ، اذ لا تجتمع مع المعنى الاجتماعي والانساني الذي قرره الاسلام في مفهوم الحق والحرية العامة او حق التملك بداهة .

وإذا كان هذا ثابتا في حق الملك أو حق التملك وهما من أعظم الحقوق أهمية في التشريع ، لكونهما دعامة أساسية في التنظيم الاجتماعي والاقتصادى والسياسي كان ثابتا في غيرها من الحقوق والحریات سواء بسواء بالتعليل ، ولا ندراجها في الاصل القطعي المعنوى العام من وجوب المحافظة على " حق الغير " شرعا والتمييز تحكم ، اذ المعدل

عاشرا : الفرد - في التشريع الاسلامي - ذ وجود دولتي

ومما يؤكد ارتباط المصلحة الفردية بالمجتمع والدولة ، ان هذا التشريع لم يحدد مركز الفرد فيه على اساس من محض فرديته ، كإنسان مستقل منعزل ، يدور تصرفه في حقوقه وحرياته حول محور صالحه الذاتي ، أنانية وأثره ، ولا على اساس وصفه كائنا اجتماعيا فحسب بل تعدى ذلك الى أن جعله ذ وجود دولتي ، كلامة سواء بسواء والدولة مسئولة عما يمنحه من عهد .

وبيان ذلك ، انه بانتماؤه الى الاسلام ، معتقدا ، ودينا ، وتشريعا ، أضحت الدولة مسئولة عنه تجاه الدول الاخرى ، ولهذا تعقد المواثيق الدولية حفاظا على حقوقه ، وتأمينا لحرياته وحرماته في حله وترحاله ، ومنشأ هذا ، هو الوجود الدولي للفرد فسي الاسلام .

وليس هذا فحسب ، ان قد يقال انه ثابت الآن في جميع الشرائع بل نرى الاسلام ، يعتبر ما يصدر عن الفرد المسلم من " عهد " يجير به طائفة من المحاربين ، أو يؤمنهم على أنفسهم وأموالهم ، " عهدا " تلتزم به الدولة نفسها ، بشرط أن يعرض على رئيسها الاعلى أو من ينييه عنه في ذلك ، بل اعتبر عهد الفرد ولو كان " عبدا " فقد كتب ابو عبيدة - وكان قائد الجيش - الى عمر - رضي الله عنهما وهو الخليفة ان " عبدا " أمن أهل العراق ، وسأله رأيه ، فكتب اليه

عمر : " ان الله عظم الوفاء ، فلا تكونون اوفياء حتى تفوا ، فوفوا لهم ، وانصرفوا عنهم " وحجة عمر فيما ذهب اليه ، قوله - صلى الله عليه وسلم - " ويسعى بذمتهم أدناهم " بل أقر أمان " المرأة " لقوله - صلى الله عليه وسلم - " قد أجرنا من أجرنا يا أم هانئ " .

هذا ، والجمهور على وجوب احترام أمان الرجل الحر المسلم^(١) فتلخص ان الاسلام لم يمنح الفرد حقوقه وحرياته العامة ، فحسب بل انشأ له كيانا دوليا ، وأوجب على الدولة الوفاء بعهد وامانه ، بشرط موافقة رئيس الدولة ، او من ينييه على ذلك .

حادى عشر : الحقوق الفردية ، والحرريات العامة ، بمفهومها

الاجتماعي والانساني ، بعضها من أعظم مقاصد التشريع قوة ، واعلاها

مرتبة ، كحق الحياة ، وهي الضروريات ، وبعضها من المقاصد

الحاجية ، كحرية الرأي ، وهي اصل مقطوع ، به في الشرع ، ولا يجوز

الغاؤه ، او مضارته .

الحرية هي المكنة السامة التي قررها الشارع للأفراد على السواء

تمكينا لهم من التصرف على خيرة من أمرهم ، دون الاضرار بالغير

من الفرد او المجتمع .

وهي نوعان :

١- الحرريات العامة التي تتعلق بالمصالح المادية ، وذلك كحرية

التجارة ، والتملك وحرية الصناعة

(١) الرسالة الخالدة : ص ١٣٠ للاستاذ عبد الرحمن عزام .

٢- الحريات العامة التي تتعلق بمصالح مسنوية ، وذلك كحرية العقيدة والعبادة ، وحرية التفكير وابداء الرأي .

والواقع أن هذه الحريات تعتبر حاجات أولية للانسان تقتضيها فطرته ، فقررها الشرع استجابة لتلك الفطرة .

فالفطرة إذن - في نظر الاسلام - قد جاءت الى المجتمع بحاجات تفتقر اليها ، ولم تجيء بتشريع ناشئ عنها ، وان كانت تنطوى على مواهب تقدرها على تفهم التشريع ، أو تقديره .

أما حرية العقيدة ، فقد تقدم لاقول فيها ، والاسلام هو أول تشريع اقر مبدأ " حرية العقيدة " فيما نعلم .

وأما حرية الرأي ، فأكبر مظهر لها هو الاجتهاد بالرأى في هذا التشريع الذي قام على أساسه هذا التراث الفقهي العالمي ، والمجتهد ماجور على اجتهاده اذا كان كفواً ، قد اقام كلفة الادلة وبذل أقصى جهده العلمي ، في موضع البحث ، ولو أخطأ الحقيقة والصواب في واقع الامر .

ومعلوم ، ان علي بن ابي طالب - كرم الله وجهه - قد رفض الخلافة حين طلب اليه ان يتخلى عن اجتهاده ، ويعمل باجتهادات ابي بكر وعمر .

فالاجتهاد بالرأى ان هو بذل أقصى جهد علمي من أهله في سبيل البحث عن الحقيقة ، لا مجرد ابداء الرأي بالهوى .

وعلى أى حال ، فان حرية الرأي في الاسلام مكفولة ، بل واجبة كفايها كالشورى ، لانها ضرب من المشاركة السياسية ، ولكن بشرط أن تحقق معناها الاجتماعي والسياسي فلا تكون صورية تضر بالصالح

العلم ، أو بالخير من الافراد ، لقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ، اتقوا الله وقولوا قولا سديدا " وقوله سبحانه : " قل لجهادى يقولوا التي هي أحسن " وقوله تعالى : " قول معروف ومغفرة ، خير من صدقة يتبعها أذى " وقوله تعالى " والذين هم عن اللغو معرضون " واللغو ليس هو مجرد الشرثرة ، بل هو القول المنافي للحكمة والسداد . وحرية الرأي قد تتخذ نوعا من النقد أو النصح النزيه البناء ، وهو مطلوب .

هذا ، وحرية التفكير والرأى في العلم لا استجلاء الحقيقة ، امر حيوى للتقدم العلمي نفسه ، وهو واجب ، فالعقل بدون حرية شيء لا غناه فيه ، والحرية بدون عقل ، فوضى وفساد وشرثرة لا يقوم على اساسها علم ولا حضارة .

واعتبر القرآن الكريم تعطيل العقل ، ارتكاسا الى درلغى الحيوان الا عجم لقوله تعالى : " ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والانس لهم قلوب لا يفقهون بها ، ولهم أعين لا يبصرون بها ، ولهم آذان لا يسمعون بها ، اولئك كالانعام ، بل هم أضل ، اولئك هم لغافلون " وكذلك " الشورى " من أهم مظاهر حرية الرأى في الاسلام ، ولا سيما من الناحية السياسية ، على ما سيأتى تفصيله .

أما كون هذه الحريات من المصالح الحاجية ، فلان أضل الحياة يثبت بدونها ، ولكن مع ضيق ومشقة غير معتادة ، تخلف ، وهذا منفي في الدين ، فوجب دفعه ، وذلك بالمحافظة على هذه الحريات فضلا عن أنها بمعناها الاجتماعي - أساس التقدم وازدهار .

ثاني عشر : الحريات العامة ، أو حقوق الانسان ، قد وردت في

القرآن الكريم في صورة تكاليف بنصوص آمرة ، وذلك ضمانا للالتزام بها

وتنفيذها ، كما وردت في السنة ، ولا سيما في خطبة الوداع :

القرآن الكريم دستور الأمة ، فالنصوص التي قررت حقوق الانسان دستورية ، تحلوا على كل اجراء ، وتقضي على كل نظام اجتهادي تتخذ ، والدولة ، فكان ذلك اكبر ضمان لصيانة هذه الحقوق والتقييد بها ، عقيدة وامثالا لامر الله .

وما يقال في الكتاب العزيز يقال في السنة الصحيحة ، انه هسي وحي معنى واجبة العمل ، كالقرآن ، سواء بسواء .

بينما نرى الاعلان العالمي لحقوق الانسان ليس له قوة الزامية وان كان من المسلم به لدى انه كدستور ينبغي ان تتقيد به كل دولة وليس ادل على ذلك من معاملة اسرائيل للعرب المناهضين لها ، والمقيمين في ارضهم ، ان تعاملهم بوحشية لم يشهد العالم لها نظيرا في حين انهم يناهضونها دفاعا عن ارضهم وبلادهم ، لانهم اصحابها الشرعيون فالمغتصب ذو حق ، والمعتدى عليه المجاهد في سبيل دينه وبلاد ، مخرب ؟

ولو كانت الدولة في اسرائيل اسلامية لكان اليهود رعايا يحكمون بحمد الاسلام ، ويعاملون على قدم المساواة ومواطنيهم ، لهم ما لنا وعليهم ما علينا ، ذلك هو تشريع الله عز وجل .

ثالث عشر : حق المساواة في الاسلام

المساواة هي اساس العدل ، ولذا كانت مبدأها ما يطبق على

الرعية داخل الدولة وبين الشعوب على الصعيد الدولي ، كركن أساسي من السياسة الخارجية دون حيف أو محاباة أو تمييزه بلون أو عنصر ، أو اختلاف الدين ، لما يأتي :

١- لقوله تعالى : " يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى

وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، ان اكرمكم عند الله اتقاكم

٢- وقال تعالى : " وما أموالكم ، ولا اولادكم بالتى تفترونكم

عندنا زلفى ، الا من آمن وعمل صالحا " .

٣- وجاء في خطبة الوداع قوله عليه الصلاة والسلام : " يا ايها

الناس ان ربكم واحد ، وان اباكم واحد ، كلكم لادم ، وادم من تراب

اكرمكم عند الله اتقاكم ، ليس لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي

ولا لاحمر على ابيض ، ولا ابيض على احمر ، فضل الا بالتقوى . . .

الا هل بلغت ؟ اللهم فاشهد " .

٤- وقال عليه السلام في شأن الذميين : " من آذى ذميا

فانا خصمه ، ومن كذب خصمه خصمته يوم القيامة " .

٥- وقصة القبطي الذي شكأ الى عمر بن الخطاب اعتسداً

ابن ولابي نصر ، عمرو بن العاص عليه باللم معروفه .

٦- وهو الذى سوى بين الذمي والمسلم في كفاة العيش

صلى الله عليه وسلم

وكذلك المساواة امام القضاء ، وفي تقليد الوظائف العامة

تحقيقاً لتكافؤ القرض .

أما المساواة في التكليف العامة ، كالزكاة ، فتعتبر مقابلاً

عادلاً للمساواة في الحقوق والحريات العامة .

رابع عشر — حق التملك بالطرق المشروعة :

هذا الحق سبيل لكسب حق الملكية ، وقد رأينا أن حقوق الملك ثابت في هذا التشريع بنصوص قاطعة ، فكان اصلا في النظام الاجتماعي والاقتصادي ، ومعلوما من الدين بالضرورة ورأينا ايضا " الوظيفة الاجتماعية للحق " او المعنى الاجتماعي فيه ، ونصر جوهرى في مفهومه منذ أن شرع ، ولم يكن هذا المعنى أثرا لتطور الحياة بالناس على النحو الذى رأينا في القوانين ذات النزعة الفردية التي أخذت تعدل من نظمها في هذا القرن العشرين نتيجة للتطورات التي طرأت على الحياة الاقتصادية والاجتماعية بظهور الصناعات الضخمة ونتاجها الكبير ، واختراع الآلات .

ومن آثار الوظيفة الاجتماعية للحق ، نشأ مبدأ نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة على ما قرره الامام الشاطبي ، عند التعارض المستحكم . ويقول الشيخ ابو زهرة في هذا الصدد : " أن يكون في النزع نفع عام ، وقد روى ان النبي — صلى الله عليه وسلم — حصى أرضا بالمدينة ومنع ملكيتها الخاصة ، وجعلها لعامة المسلمين ينتفعون بها " ويجب التعويض وقد حصى عمر أيضا أرضا بالريذة .

على أن حق الملك بما هو ذم ومضمون اجتماعي ينهض بالتكافل على وجه ملزم ، اذ " لما له من وظيفة اجتماعية ، فانه يتعلق بحله حق المجتمع ، ويزداد تعلق هذا الحق بما عند المالكين ، كلما ازدادت أزمة المجتمع تفاقما ، وهو ما قرره الحنفية .

وقد أدرك بعض المحدثين هذا المعنى المستخلص من فقه المحققين من علماء المسلمين ، حيث يقول : (وانه كلما امتدت

الحاجة ، عظم حق الناس في الاموال المملوكة وضيق حرية التصرف
والانتفاع وحرية المنع والامتناع^(١) وهذا هو المعنى الاجتماعي والتكافلي

في حق الملك .

فهذا التكافل الاجتماعي في الاسلام ، ليس مبدأ خلقيا يترك
تنفيذه للارادة الخلقية للمكلف ، بل هو تشريع ملزم ينفذ بسلطان الدولة
كما ترى ، تحقيقا للمعنى الاجتماعي في مفهوم الحق الذي هو مناط
العدل ، كما علمت ، والعدل واجب اقامته وتنفيذه مقتضاه .

خامس عشر - الحقوق الاجتماعية في الاسلام :

لم يقتصر الاسلام على تقرير الحقوق السياسية ، بل شرع حقوقا
اجتماعية تجعل للحقوق السياسية التي قررناها آنفا معنى وحقيقة
وتمكن الفرد ان يمارسها على الوجه المجدي ، لنفسه ومجتمعه ، وهذا
دليل بين على نزعة الاسلام الجماعية التي ترعى حق الفرد والمجتمع
معاً .

يؤكد هذه النزعة ، أن الدولة في الاسلام ذات وظائف ايجابية
عامة قد نهضت بها الغرض الكفائية ، كما أسلفنا ، لتحقيق الصالح العام .
كما يؤكدها مبدأ التكافل الاجتماعي الملزم على النحو الذي بينا .
ومعنى هذا ان الفرد في كفاية المجتمع ، ليكون في امان من الحاجة
في مقابل أن يرعى الفرد الصالح العام .

(١) الشيخ محمد ابو زهرة : ص ١٩٠ . المرجع السابق
- هذا وقد قرر الحنفية ذلك في باب الاحتكار وما يتركه من اثر على
المسلمين .

هذا ، وليست " الزكاة " هي المصدر الوحيد لتمويل التكافل الاجتماعي ، ضمانا لحاجة الفرد ، واقامة مرافق الدولة ، بل فسي المال حق سوى الزكاة ، وفي هذا المعنى يقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - " ان الله فرض على اغنياء المسلمين بالقدر الذي يسع فقراهم ، ولن يجهد الفقراء اذا جاعوا او عروا ، الا بما بصرغ اغنياؤهم ، الا وان الله يحاسبهم حسابا شديدا ، ويخذ بهم عذابا اليما (١) " .

وأكد عمر - رضي الله عنه - هذا المعنى بقوله : " لو استقبلت من أمري ما استدبرت ، لاخذت من لفاغنياء اموالهم ، وفردتها على فقراهم " .

سادس عشر - مسئولية الحاكم عن تمسهم الحاجة ، وما يقتصر

اليه المجتمع من مرافق عامة ، وتلك في الواقع ، مسئولية الدولة التي

يمثلها

للفرد في الاسلام - العيش الحر في مأمن من الحاجة وفي ظل من التكافل الاجتماعي ، تأكيدا لكرامته الادمية ، والكرامة الانسانية اصل عتيد في الاسلام كما عملت .

- وقد كان عمر بن الخطاب واقيا لابعاد مسئوليته كرئيس اعلى للدولة ، فكان يتفقد الرعيّة .

(*) جاء في المحلى تأكيد لهذا المعنى التكافلي ما نصه : " وفرض على الفقراء من اهل كل بلد ان يقوموا بفقراهم ، ويجبرهم السلطان على ذلك ، ان لم تقم بهم الزكوات " ج ٦ ص ١٥٦ لابن حزم

ويرعى اطفال المسلمين ، وذوى الحاجة ، ويقوم بكل ما تقتضيه مصلحة الدولة من اقامة المرافق العامة .

هذا ، وقصته مع المرأة التي أخذت توهم اطفالها ان تصح لهم طعامهم في قدر مملوءة حجارة ، معروفة .

وعمر بن الخطاب هو الذي كان يقول : " والله لو عثر بعير بشط الفرات ، لخشيت ان يسألني الله عنه يوم القيامة " . وهذا وعي من عمر - رضي الله عنه - لما للرعية من حقوق اجتماعية هو مسئول عنها ، فضلا عن الحريات العامة والحقوق السياسية ، وقد كان مبعث هذا الوحي قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - " كلكم راع ، وكلكم مسئول عن رعيته ، واما لمام راع ومسئول عن رعيته - الحديث " .

وقوله - صلى الله عليه وسلم - : " ان الله سائل كل راع عما استرعاه ، حفظ أم ضيع " .

وانما قلنا ان الحقوق الاجتماعية تجعل للحقوق السياسية والحريات العامة ، معنى وحقيقة ، من قبل ان لاقية لحرية الراى أو حق التملك ، أو حق الانتخاب مثلا ، اذا كان الفرد فقيرا معدما ، ان تصبح هذه الحقوق خيالية بالنسبة اليه ، فضلا عن انه يصبح عرضه لان يشتري ضميره بالرشوة ، فلا تؤدى حرية رأيه أو شواره معناها الحقيقي في مثل هذه الحال .

سابع عشر - الشورى السياسية والتشريعية في الاسلام :

مقدمة :

الشورى حق ، ولكنه حق ذو وظيفة تؤدى من أجل الخير فردا كان

أم مجتمعا ، فكانت حقا وواجبا معا ، واعتبار أن السياسة انما تعني " القيام على الامر بما يصلحه " او هي " تدبير الامر في الامة داخلا وخارجا تدبيرا منوطا بالمصلحة ، فان الشورى السياسية في جوهرها ليست الا مبدأ عاما يوجب على الصفوة المختارة من ابناء الامة اختيار الصالح المناسب لظروفها ، وهو القوى الامين الذي ينهض بمهام سياسة الدولة وشؤونها " تحقيقا لمصلحتها العليا ، لما تقرر في الشرع " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة "

وهذا ضرب من المشاركة السياسية ينهض به القادرون ، وذوو الكفاءات والخبرات من ابناء الامة .

هذا ، واختيار الرجل المناسب ، او رجل الوقت كما يشيهر الامام الماوردي ، أصل مقرر في الاسلام ، لاختلاف نوعية الاعباء الجسام التي تحددها ظروف الوقت ، ولا قضاؤها كقاعات ومواعلات معينة عقلية ، ونفسية ، وخلقية وعملية ، وعلمية ، وقيل ذلك موهبة فطرية قد أنتمت وصقلت خبرات مكتسبة من شأنها ان توصل في النفس " حنكة سياسية " تقدره على الاضطلاع بمهام السلطة والحكم .

هذا فيما يتعلق باختيار الحاكم الاعلى في الدولة .
- والشورى - في الاسلام - أصل مشروعية الولاية العامة على الامة .
وفي هذا المعنى يقول عمر رضي الله عنه : " من باع رجلا عن غير مشورة من المسلمين ، فانه لا بيعة له ، ولا الذي باينه (١) " .

(١) سيرة ابن هشام : ج ٤ ص ٢٣٨ .

ويؤكد هذا المعنى الامام الغزالي ايضا بقوله : " ولو لم يبايع ابا بكر غير عمر ، وبقي كافة الخلق مخالفين ، لما انعقدت الامامة ، فان المقصود الذي طلبنا له الامامة ، جمع شتات الآراء ، ولا تقوم " الشوكة " (١) ، الا بموافقة الاكثرين (٢) وانما المصحح لعقد الامامة (رئاسة الدولة) انصراف قلوب الخلق لطاغته ، والانقياد له في أمره ونهيه (٣) .

ويقول ابن تيمية موضحا اساس شرعية الولاية العامة وأنها الشورى العامة بقوله : " وكذا لك عمر ، لما عهد اليه ابو بكر ، انما صار اماما ، لما بايعوه واطاعوه ، ولو قدر انهم لم ينفذوا عهد ابي بكر ، ولم يبايعوه ، لم يصر اماما " اي بحكم الشرع واعتباره .
وعلى هذا ، فان مبدأ الشورى يدل على أمور :

١- النزعة الجماعية في التشريع الاسلامي بحيث تجعل من السياسة مادة مشتركة بين الحاكم والمحكوم ، ينشأ عنها علاقة وطيدة بينهما . وتكفل سياسي في تسيير شئون الدولة ، وهو ما تستلزمه المسؤولية المتبادلة بينهما .

٢- تحقيق ذوات الافراد وما اوتوا من مواهب وملكات كي تستفيد الدولة والامة من كافة طاقات ابنائها ، ولا سيما في شئون الحكم والسياسة وهذا هو المعنى بقوله تعالى : " وأمرهم شورى بينهم " كحقيقة اساسية من خصائص المسلمين فكانت واجبة في اتخاذها ابتداء ، وواجبة التقيد بنتائجها انتهاء .

(١) النفوذ والقوة

(٢) الغالبية

(٣) الرد على الباطنية : ص ٦٦ .

ليست الطاعة - في الاسلام - مصدرها " فكرة الحق الالهي " التي كانت سائدة في اوروبا بالنسبة للملوك ، في القرن السابع عشر والثامن عشر وانما السلطة في الاسلام انما تعني " القيم العليسا " في حالة الحركة والتنفيذ ، وهذا يستلزم الا يكون الحاكم مطاعا لذاته ولا لشخصه ، ولو كان رسولا مصطفى ، لقوله تعالى : " ليس لك من الامر شي " وانما يطاع اذا كان مطيعا هو اولا ، وقد اكد هذا المعنى الخليفة أبو بكر - رضي الله عنه - بقوله : " اطيعوني مما اطعت الله فيكم " .

وعلى هذا ، فالسلطة لا تعني " القوة المطلقة " وانما السلطة في الاسلام ليست الا تجسيدا لمبادئه ومثله وقيمه الخالدة ، ومن هنا كان وجوب الطاعة ، لتقيد السلطة بالكتاب والسنة عملا ومقصدا .

٤- ان الدولة دستورية شورية

مبدأ انفصال شخصية الحاكم عن الشخصية المعنوية للدولة فسي

الاسلام

ليس الحاكم الاعلى في الدولة - في نظر الاسلام - هو الدولة نفسها ، وانما يمثل سلطتها فحسب ، وينوب عن الامة في تنفيذ شرعها ولذا وجب أن يكون مطيعا قبل أن يكون مطاعا شرعا ، لان السيادة للشرع لا للحاكم .

فالسلطة اذن من مبادئ الشرع ، ولكنها مجرد وسيلة اقرها الشارع ، لتنفيذ الامر وشرعه .

واما تكيف العلاقة القائمة بين الامة وحاكمها الاعلى فهي علاقة تهادية ووكالة ، ومن هنا كانت الشورى ، وكانت السلطة التي يتقلدها

الحاكم لتنفيذ الشرع مستمدة من الأمة ، التي هي صاحبة المصلحة الحقيقية ، فهو يستمد سلطته في تنفيذ الشرع من الأمة بمقتضى عقد البيعة ، نيابة عنها ، ولكنه لا يستمد منها سلطة التشريع لأنها لا تملكها أصلا ، إذ التشريع لله .

أما ان تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة ، فهذا يعنى ان ما يصدره من تشريعات اجتهادية ونظما ، ومراسيم ، مشروطة بشرط ، هي أن تملك القدرة على الوفاء بحاجة الأمة ، وان تكون مطابقة لمقتضيات الشرع في الاحوال والظروف المتغيرة ، ومن هنا كانت له سلطة إيقاف العمل لحكم الإباحة على ضوء من المصلحة العامة ، وهذا يتم بالإرادة المنفردة ، بل بالشورى " التشريعية " التي تنشأ بعد اختياره ، حاكما أعلى ، ويضطلع بها " اولوالامر " في الأمة ، وهم المتخصصون علميا في شتى الشئون العامة ، وأرباب الخبرات المهنية والزراعية والتجارية ، والسياسية والعسكرية ، ومجتهدو التشريع الاسلامي ، كما أشرنا آنفا ، وتكليف المباح بجعله واجبا او مهنوعا في ضوء الصالح العام فالشورى السياسية هي أساس الرضا العام فيما يتعلق باختيار الرئيس الأعلى للدولة ، وهو مبدأ عام لا بد من تنفيذ مقتضاه في كل زمن وبيئة ، لانه من خصائص الأمة الاسلامية " وأورهم شورى بينهم " .
واما الشورى التشريعية فيتولاها المجتهدون بالاستعانة بأولى الامر .
من هم أولوالامر في الأمة ؟

قلنا ان الشورى " التشريعية " مبدأ يقضي باسناد الامر الى أهله حتى يستقيم الامر ، وليست مقصورة على الفقهاء المجتهدين ، كما يظن او على خصوص الحكام ، بل تشمل كافة " ذوى الكفاءات " التي تتعلق

بجميع شئون الدولة ، ومجالات الحياة ، لما قدمنا من أن الحكم الشرعي ليس حكما مجردا يعمل في فراغ ، وانما هو ذو موضوع يتصل بفسروع من الاختصاصات ، فكان التلازم قائما بين الحكم الشرعي ، والتخصص العلمي المتعلق بموضوعه ، إذ لا يمكن فصل الحكم الشرعي عن موضوعه الذي يتطلب خبرة علمية خاصة ، في نظر الاسلام .

فالشورى التشريعية ان هي السلطة التشريعية في الدولة بالمعنى الخاص ، وهو يعنى استنادها الى كتاب الله وسنة رسوله وما يبنى عليهما من الاحكام الاجتهادية بمعايير تشريعية معروفة وبلاستعانة باهل الخبرة والتخصص في سائر الشئون ، وفي مقدمتهم الفقهاء المجتهدون .

وقد جاء في تفسير الطبري والقرطبي بيان للآراء الفقهية في تحديد المراد " بأولى الامر " ومنها انهم " اولو الفقه في الدين والعقل " (١) ومنها انهم اولو العقل والرأى الذين يدبرون امر الناس (٢) وهذا المعنى مقصورا على المجتهدين ، كما ترى .

ويذهب الامام محمد عبد الله الى معنى قريب من هذا ولكنه أشمل وأوضح ، إذ يقول " ان المراد بأولى الامر جماعة " أهل الحل والعقد " من المسلمين " وهم الامراء ، والحكام ، والعلماء ، وروساء الجنس وسائر الروساء ، والزعماء الذين يرجع اليهم الناس في الحاجات والمصالح العامة ، فهو لا اذا اتفقوا على امر او حكم وجب أن يطاعوا

(١) تفسير الطبري : ج ٨ ص ٤٩٦ ، ص ٥٠٢ القرطبي : كتاب الشعب ص ١٨٢٩ ص ١٨٣١

(٢) تفسير المنار : ج ٥ ص ١٨ وقد استند الامام محمد عبد الله في رايه هذا الى تفسير النيسابوري الذي استند هذا بدوره الى الفخر الرازي .

فيه ، بشرط أن يكونوا منا ، وان لا يخالفوا أمر الله ولا سنة رسوله التي عرفت بالتواتر ، وان يكونوا مختارين في بحشهم الامر ، واتفاقهم عليه ، وان يكون ما يتفقون عليه من " المصالح العامة " وهو ما لولي الامر سلطة فيه ووقوف عليه (١) .

وقد ذهب الى هذا الرأي ايضاً الشيخ شلتوت ، ان يقرر ان اولي الامر ، هم : " أهل النظر الذين عرفوا في الامة ، بكمال الاختصاص في بحث الشئون ، وادراك المصالح ، والغيرة عليها وكانت طاعتهم هي الاخذ بما يتفقون عليه في المسألة ذات النظر والاجتهاد ، بما يترجح فيها ، عن طريق الاغلبية او قوة البرهان (١) . وهذا ، ينفي أن يكون المقصود بأولي الامر خصوص الحكام وألمجتهدين من الفقهاء كما ترى .

هذا وقد كان لسر رضي الله عنه - نوعان من الشورى : عامة وخاصة .
أما العامة فكان يلجأ اليها في الامور الخطيرة ذات الشأن
أما الخاصة فكانت للتعرف على الحقيقة والمصواب فيما يجتهد فيه من الاحكام الشرعية ، وكان مجلسها يتكون من مجتهدي الصحابة الذين يتكون منهم النخبة المختارة من أهل العلم ، ومن لهم سابقة في الجهاد والاخلاص في انشاء الدولة وحمايتها .
نظرية الشورى في التشريع السياسي الاسلامي :

إذا كان الاجتهاد الفردي والجماعي في أحكام الشريعة اصلاً

(١) الاسلام عقيدة وشريعة : ص ٤٦٢ .

من أصول فقها فمعنى ذلك أن حرية الرأي والتعبير لا سيما فيما يتعلق بالتشريع الاجتهادي - وهو من الخطورة بمكان - أصل من أصول الشريعة ، غير انه مقيد - كما قلنا - بما لا يمس أصلا من أصول العقيدة أو الاصول المقطوع بها ، أو العبادة وما لا يضر الغير أو بالدولة .

وحرية الرأي والتعبير في الشريعة كاملة وغير مقيدة الا بما ذكرنا وهي مظهر من مظاهر الشخصية الانسانية ، لانها تحقق وجودها الفكري بما تعبر عن ملكاتها ومواهبها .

فالشورى - وهي خصيصة من خصائص الامة الاسلامية كما قلنا - مبدأ عام مقرر في القرآن الكريم ^(١) وهو : في الميدان الاجتهادي - حق لمن استوى على درجة معينة من الكفاءة العلمية الاجتهادية ، كما انه واجب في الوقت نفسه ، فكان حقا وظيفيا اذ المصلحة التي رسمها الشارع غاية الشورى راجعة الى الامة أصالة ، لا الى الفرد أو الجماعة التي تنهض بها ، أما أنه حق فلان الامة - ممثلة في أهل الحل والعقد - تقع على عاتقها المسؤولية المشتركة في النهوض بععب الاجتهاد التشريعي ، لانه من مستلزمات الشريعة ضمانا لاستمرارها ولخلودها باستجابتها للوفاء بحاجات الزمن ، وفي توجيه السلطة القائمة بالحكم عملا بمقتضى الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وما يقرره - قوله صلى الله عليه وسلم

(١) قال تعالى : " فما أوتيتم من شيء فمتاع الحياة الدنيا ، وما عند الله خير وأبقى للذين آمنوا وعلى ربهم يتوكلون ، والذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش ، وإذا ما غضبوا هم يغفرون ، والذين استجابوا لربهم ، وأقاموا الصلاة ، وأمرهم شورى بينهم ، وما رزقناهم ينفقون " (سورة الشورى : آية ٣٦ - ٣٨ ذكرت الشورى خصيصة بيين الخصائص الذاتية للجماعة الاسلامية

(كلكم راع وكلكم مسؤؤل عن رعيته) ولا مسؤؤولية بدون حق أو سلطمة
بداهة ، فالشورى على هذا سلطمة وحق في آن معا .

١ - الشورى - حق واجب كفايى على الامة :

على أن الشورى اذا كانت أصلا من أصول التشريع الاجتهادى ، لانها
نواة الاجماع فان القرآن الكريم يقررها واجبا كفاييا ، على الامة سوا
في باب الاجتهاد بالرأى أم في الحكم والسلطمة والواقع فيه خلاف من قال
بالندب (١) ، لكن الراجح ما ذكرنا من الوجوب لانه خاصية أساسية لجماعة
المؤمنين ، أو عنصر من عناصر الشخصية الايمانية الحققة (٢) وانزلت سورة
في القرآن الكريم تسمى (الشورى) لتقرر ذلك .

ولقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشورى مع أنه كان فسى
غنى عنها ، لتأييده بالوحي ، ليسن للمسلمين هذا الطريق في الاجتهاد
بالرأى ، وتبادل وجوهه في كل مصلحة عامة تعرض ، وليتبعوه أيضا في تولية
الحاكم الاعلى ، تأكيدا لرضا الامة عن ينوب عنها في تنفيذ شرع الله وحكمه
فيها ، وجمعا لشتات آرائها .

٣ - أمر الرسول عليه الصلاة والسلام بالشورى في غير شأن الوحي :

قال تعالى (مخاطبا رسوله - صلى الله عليه وسلم -) وشاورهم
في الأمر (أى في غير أمر الوحي ، وأهم أمر لا يتعلق بالوحي ، انما
هو السياسة وتدبير شؤون الامة ، وبذلك يتبين لك أن ولي الأمر لو كان
رسولا مصطفى - لا يستبد برأيه فيما لا يتعلق بأمر الوحي .

(١) تفسير ابن كثير : ج ١ ص ٤٢٠

(٢) الاسلام عقيدة وشرعية : ص ٣٦٨ (٣) آل عمران آية ١٥٩

على أن الخلفاء الراشدين - رضوان الله عليهم - اخذوا بمبدأ الشورى - بعد وفاة الرسول - صلى الله عليه وسلم - ايماناً منهم بأنه أصل عقيد في ادارة شؤون الامة ، ومن المقطوع به ان تحرى الحق الموافق للمصلحة من الزم واجبات ولي الامر ، لان " تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة " وبذلك قضى الاسلام على أعظم اسباب الآفة التي تصيب أداة الحكم في الامة وتبيده ، وهو الاستبداد بالحكم والتفرد بالرأى .
ثامن عشر - مبدأ المسؤولية في القرآن الكريم والسنة المطهرة :

الاساس العقائدى لمبدأ المسؤولية :

ترتبط المسؤولية - الفردية والجماعية - في القرآن الكريم بعقيدة الاستخلاف ، قال تعالى : (اني جاعل في الارض خليفة) وقال عز شأنه (آمنوا بالله ورسوله وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه)^(١) .
فالخلافة الانسانية في الارض التي جاء القرآن الكريم بها عقيدة وهي مصدر الالتزامات الايجابية والسلبية التي تقع على عاتق الانسان المسلم لوجه نهوضه بأعباء هذه الخلافة ، حتى يتم له صوغ الحياة الانسانية على عين الشريعة : اعلاء لكلمة الله في الارض ، واخلصا لله تعالى في صدق العبودية .

أ - المسؤولية صفة تكريم وتشريف :

رواقع الامران المسؤولية بنوعها تابعة من مبدأ الكرامة الانسانية

(١) راجع مؤلفنا : (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) بحث : الواقعية في نظر الاسلام الى المال . (والفرد مستخلف للانفاق والتفكير) ص ١٦٣ وما بعدها .

الذي جاء به القرآن الكريم حقاً عاماً للبشر ، (ولقد كرمنا بني آدم)
وقلنا ان الكرامة تستتبع السيادة ، اذ لا كرامة بلا سيادة ، فالمسؤولية
اذن مشتقة من هذه السيادة ، ومن هنا ثارت مسؤولية الانسان قبل
نفسه بوصفه سيدا مسيطرا على هذا الكون ، او بوصفه مكلفا ان يكون
كذلك ، وقد زود الله سبحانه بالملكات الفطرية العليا ، وبوسائل
المعرفة ، ومنافع العلم ، من السمع والبصر والفؤاد - العقل - ولذا
كان مسؤولا عن كل اولئك ، اى عن قوة ملكاته الظاهرة والباطنة ، يؤكد
هذا المعنى قوله تعالى : (ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان
عنه مسؤولا) .

أى ان هذه هي الوسائل التي تمكنه من السيادة وتحقيق معنى
الاستخلاف ، وهو مسئول عن استخدامها فيما خلقت له .
ب - مسؤولية الانسان المسلم قبل نفسه تتبدى في وجوب اجتناب

نوازع الطغيان ودواعي الهوى ومنها :

الطغيان آفة البشرية ، والهوى عدو لقيم للحق ، والخير ،
وانسانية الانسان .

قال تعالى : (فاما من طغى ، وآثر الحياة الدنيا ، فان الحجيم
هي التأوى ، واما من خاف مقام ربه ، ونهى النفس عن الهوى ^(١) فان
الجنة هي التأوى ^(٢)) وقال تعالى : (ونفروا سواها فآلهمها فجورها

(١) المقصود بالهوى - بواعث الشر والفسا والضلال التي تتنافى ودواعي
الخير والحق والصلاح ،

وتقواها قد أفلح من زكاتها وقد خاب من دساها (١) .

ج - المسوءولية الفردية الدينية :

يقرر القرآن الكريم مبدأ المسوءولية الدينية في آيات صريحة مؤداها ان كل انسان مجزى بعمله ، ان خيرا فخير ، وان شرافش ، وان مسوءوليته شخصية لا يحمل وزره احد غيره ولو كان ذا قربى ، قال تعالى : (وان تدع مثقلة (٢) الى حملها ، لا يحمل منه شيء ، ولو كان ذا قربى) وقال جل شأنه : (ألا تزر وازر اخرى) ، وقال تعالى : (وان ليس للانسان الا ما سعى ، وان سعيه سوف يرى ، ثم يجزاه الجزاء الاوفى) (٣) وقال تعالى : (لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت) (٤) الى غير ذلك من الايات الكثيرة التي تؤكد مبدأ المسوءولية الاخروية ، وهذا اشد خطرا ، وأوقع أثرا في نفس المؤمن ، ان تحرره وجدانا وقلبا من دوافع الاتم وبواعث الهوى ، كما تصفى نفسه من كدر المادة ، وشهوة الطغيان .

د - المسوءولية الفردية الدينية مزدوجة :

١- اساسها الفقهي :

تعتبر هذه المسوءولية صدى أو انعكاسا للتكاليف العبادية والحيوية المادية والمعنوية التي تشغل بها ذمة المسلم قبل نفسه وقبل غيره من الفرد أو المجتمع وبذلك أضحت للفرد المسلم في القرآن الكريم شخصيتان

(١) الشمس : آية ٧ - ١٠ .

(٢) الى نفس ثقلت عليها اوزارها .

(٣) النجم : الاية ٣٦ - ٤١ .

(٤) البقرة : الاية : ٢٨٦ .

شخصية فردية وشخصية اجتماعية ذات التزامات قبل غيرها كما اسلفنا .
هذه الشخصية المزدوجة في تكاليفها الشرعية بينها قوله تعالى
: (ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ، ولكن البر من آمن
بإلله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبیین ٠٠٠ الآية)^(١) وهذه هي
الالتزامات أو التكاليف المتعلقة بالفرد من حيث هو شخص مستقل عن
غيره ^(٢) ، فهو ان مسؤول عن اضلال نفسه .

واما تكاليفه الاجتماعية فيبينها قوله تعالى بعد ذلك : (وآتى
المال على حبه ذوى القربى واليتامى والمساكين السبيل ، والسائلين
وفي الرقاب ، وأقام الصلاة ، وآتى الزكاة ، والموفون بعهدهم اذا
عاهدوا ، والصابرين في الباس والضراء ، ووحين الباس أولئك الذين
صدقوا وأولئك هم المتقون)^(٣) وهذه هي مسؤوليته الاجتماعية قبل
غيره من الفرد او الامة .

على أن هذه المسؤولية الفردية قد اكدتها السنة النبوية ، إذ
رفض الرسول - صلى الله عليه وسلم - شفاعة أسامة قائلًا : (انما أهلك
الذين من قبلكم ، انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق
فيهم الضعيف اتقوا عليه الحد ، فوالذي نفس محمد بيده ، لو أن
فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها) .

(١) البقرة : الآية ١٧٧ .

(٢) هناك تكاليف اخرى شرعها القرآن الكريم تتعلق بالفرد كخص
مستقل من الحلم والاعتدال في الانفاق والمحافظة على الحياة فنفسه
من القاطنات في التهلكة وغير ذلك ولكن الذى يعنيننا هنا أن نقرر
ازدواج هذه الشخصية ولو يذ كر بعض التكاليف الخاصة بكل منهما .

(٣) البقرة : الآية ١٧٧ .

فكل انسان رهن بما اكتسب ، ولا يحمل احد وزر غيره ، ولو كان رسولا مصطفى^(١) ، ولقد حمل الرسول صلى الله عليه وسلم عشيرته الاقربين المسؤولة ، وأبان لهم أنه لن يغني عنهم من الله شيئا عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين انزل الله : وأندرعشيرتك الاقربين) قال : (يا معشر قريش اشتروا أنفسكم ، لا أغني عنكم من الله شيئا ، يا بني عبد مناف لا أغني عنكم من الله شيئا ٠٠٠ الحديث) . وجلاها الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله : (كلكم راع ولكم مسؤول عن رعيته ٠٠٠ الحديث) .
هـ — المسؤولية تبرر الحرية التي هي مظهر للشخصية الانسانية

العامة المستقلة :

على ان المسؤولية تبرر الحرية ، (ان لا مسؤولية بلا حرية او بلا سلطة) — والحرية تستتبع الشخصية العامة المستقلة ، غير ان الفرد في نظر الشريعة ليس هو ناك الذي يدور في فلك الحرية المطلقة فالشريعة ان منحت الفرد حقوقه الشخصية من (الحرية والمعصية والمالكية)^(٢) باعتباره انسانا ، قيدت ذلك كله بما ألقته عليه من مسؤولية — دينية ودنيوية — لتحديد من حريته بما يمنع الاضرار عن نفسه وغيره ولا ريب أن المسؤولية الفردية ان تستتبع الحرية تبررها ، وهي من جهة اخرى تقيدها بدائرة البر والصالح العام^(٣) .

(١) قال تعالى : (ما عليك من حسابهم من شيء وما من حسابك عليهم من شيء)

(٢) التلويح على التوضيح ضد للتفتنازاتي — ج ٢ ص ١٦٢ .

(٣) راجع مؤلفنا : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ٢ وما بعدها .

و - الفرد في نظر الشريعة كائن حي حر مستقل مسؤؤل :

فالفرد اذن - في نظر المشريعة - كائن حي حر مستقل مسؤؤل ولكن هذا الاستقلال ليس تاما ، بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون على البرزخ والصالح الانساني العام (وتعاونوا على البر والتقوى ، لا تعاونوا على الاثم والعدوان) وبذلك يكون الفرد ملزما ايجابيا بالتعاون على الخير المشترك ، وملزما سلبيا بتجنب الاثم والفساد والاضرار ، وهذه القاعدة بوجهيها - الايجابي والسلبى - تعتبر قاعدة عامة حاكمة على التشريع الاسلامي كله ^(١) كما انها تعتبر أساسا عاما للمسؤولية ارساها القرآن الكريم ، بنهض عليها مبدأ التكافل الاجتماعي الملزم .

ز - ثمرة المسؤولية الفردية من الناحيتين النظرية والعملية :

تظهر ثمرة المسؤولية الفردية بالنسبة للمسلم من الناحية النظرية انها لا تجعل من الفرد مجرد آلة اجتماعية مسخرة ، تعمل لصالح المجتمع دون مصلحته الشخصية .

اما ثمرتها من الناحية العملية ، فانها تجعل المسلم أهلا للتعاقد والتملك ومن هنا كان اقرار الشريعة الاسلامية للملكية الفردية ، كحقيقة ثابتة معلومة من الدين بالضرورة ، وذلك مما يساير الفطرة الانسانية فضلا عن كونها وسيلة مثمرة لاداء الحافظ الذاتي للفرد ، وتنشيط مواهبه وملكاته ، للعمل لصالحه وصالح المجتمع على سواء ، وبدهي ان

(١) المرجع السابق .

هذا عامل اساسي في تقدم المجتمع وازدهاره (١) .

ح - المسؤولية الجماعية في القرآن الكريم :

١- اساسها العقائدي :

ترتبط المسؤولية الجماعية - قبل نفسها وتجاه الافراد - بمقيدة الاستخلاف (٢) ايضا ، قال تعالى : (وعد الله الذين آمنوا وعملوا الصالحات ، ليستخلفهم في الارض كما استخلف الذين من قبلهم) (٣) وعلى هذا فالامة الاسلامية نائبة عن الله سبحانه وتعالى فسي مباشرة ما تقتضيه عزته تعالى في أرضه التي استخلفها فيها ، فقد رد اليها العزوة والسيادة بعد الله تعالى ورسوله : (ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين) (٤) فالامة مكلفة بأن تكون كذلك ، ومن ثم نشأ اساس مسؤوليتها بوصفها الجماعي وعلى سبيل التضامن .

٢- الاساس الفقهي للمسؤولية الجماعية :

على أن القرآن الكريم أرسى قاعدة المسؤولية التضامنية للامة الاسلامية ، بيد ذلك واضحا في آية التعاون (٥) وفي آية الولاية والنصرة المفروضة على المسلمين بعضهم قبل بعض ، واقامة الصلاة وايتاء الزكاة ، وطاعة الله ورسوله وهذه هي الخصائص المميزة لهذه الامة بل قل التكليف الملقاة على عاتقها ، لكي تتحقق تلك الخصائص فيها ، والتكليف يستوجب المسؤولية . قال تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ، يأمرون بالمعروف ، وينهون

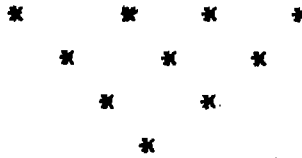
(١) المرجع السابق

(٢) الاساس العقائدي : تعتبر مشتركا بين المسؤولية الفردية والجماعية

(٣) الصحر + الآية ٥٥ (٤) المتأفقون : الآية ٥٠ (٥) النشأة ٤١

عن المنكر ، ربيقيون الصلاة ويؤتون الزكاة ، ويذيعون الله ورسوله
اولئك سيرحمهم الله ، ان الله عزيز حكيم (١) .
والتكليف هنا منصب على هذه الخصائص في الامة الاسلامية ايجاد
وحفظا ، ولا يتم حفظها وصونها فيها الا بابعاد كل من شأنه ان
يهدمها او يخل بها .
من ولاية الاجنبي ، فانها تذهب بهذه الخصائص لان الاجنبي
لا يشارك فيها بل يسعى الى القضاء عليها .
ومن هنا وجب الاخذ على يد كل ظالم او مفسد من ابناءها وهذه
هي سوءولية الامة قبل الفرد وقد حدد القرآن الكريم هذه المسؤولية
الجماعية بقوله تعالى :

(واتقوا فتنة لا تصيبين الذين ظلموا منكم
خاصة) وأكد ذلك قول الرسول - صلى الله عليه وسلم (انما اهلك
الذين من قبلكم انهم اذا سرق فيهم الشريف تركوه) ويؤكد هذا الاصل
ايضا قوله تعالى : (ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ، ويأمرون بالمعروف
وينهون عن المنكر ، واولئك هم المفلحون) (٢) . وليس هذا مجرد طلب
نذب واستحباب ولكنه واجب حتمي على القادرين عليه ، ان جعل القيام
بهذا التكليف سببا في الفلاح المطلق ، والله ولي التوفيق .



(١) التوبة : الاية ٧١
(٢) آل عمران : الاية ١٠٤ .

(نظرية الحق والتعسف في استعماله)
في الفقه الاسلامي

مقدمة

منشأ الحق في الفقه الاسلامي :

من المعلوم بداهة أن منشأ الحق (هو الحكم الشرعي) فلا يعتبر الحق حقا في نظر الشارع الا اذا قرره الشارع ، وتقريره انما يكون بحكمس والحكم يستفاد من مصادر الشريعة ، فكانت مصادر الشريعة هي بعينها مصادر الحقوق .

على أن الاسباب التي تستفاد منها الحقوق ليست مثبتة لها بذواتها بل يجعل الله لها مثبتة ، ولذا بات من المقررات الشرعية أن الاسباب جعلية ، أي ليست مؤثرة بذواتها ، فعقد البيع مثلا يوثر في اثبات ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع ، غير أن العقد ليس بذاته مثبتا لذلك ، بل يجعل الله له مثبتا ، فثبت أن الحقوق جميعا مصدرها الشرع ، وليس ذات الانسان ، ولا العقل البشري ، فالانسان - في نظر الشرع - لا يستحق الحق بحكم ذاته ، بل الحق منحة منه تعالى للفرد ويقرر الشاطبي هذا المعنى بقوله ، (لان ما هو حق للعبد انما ثبت كونه حقا باثبات الشرع ذلك له ، لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الاصل (١)) وقوله في موضع آخر : (فان ما هو لله - أي من الحقوق - فهو لله ، وما كان للعبد فراجع الى الله من جهة حقه)

(١) - الموافقات : ج ٢ - ص ٣١٦ .

فيه (١) ، ومن جهة كون حق العبد ومن حقوق الله ، ان كان الله لا يجعل للعبد حقا اصلا (٢) .

نخلص من هذا الى أن الشريعة هي أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة ، وهذا الاصل تترتب عليه نتائج منطقية هامة .
النتائج المنطقية التي تترتب على هذا الاصل :

أولا - أنه تعالى انما منح الحق لحكمة هي المصلحة التي قصد الشارع تحقيقها لشرعية الحق ، والا كان المنح لغير غاية ، وهو عبث ، والله تعالى منزّه عن العبث (٣) .

ثانيا : أن الاصل في الحق التقييد ، لأنه اذا كان منحة من الشارع فهو مقيد بما يقيد به الشارع ابتداء .

ثالثا - ان الحق اذا كان منوحا لمصلحة قد قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق ، تعين أن يكون تصرف الفرد بحقه مقيدا بما يحقق تلك المصلحة ، حتى يكون قصده في استعمال حقه ، موافقا لقصده الله في التشريع ، والا كان مناقضا للشرع ، ومناقضة الشرع باطلا (٤) .

(١) - يلاحظ أن الشاطبي يرى أن الحق الفردي ليس حقا خالصا لصاحبه بل هو مشوب بحق الله ، فاذا فسرنا (حق الله) بالصالح العام أو حق الجماعة ، كان معنى هذا أن الحق الفردي ليس حقا محضا على التحقيق بل هو مشترك وسيأتي فضل بيان في هذا الموضوع ان شاء الله .

(٢) - الموافقات - ج ٢ - ص ٣١٦

(٣) - وقد جاء الشرع بهذه النتيجة ان قرر جمهور الاصوليين أن الاحكام معللة بمصالح العباد .

(٤) - اشار الى هذا المعنى الشاطبي في موافقاته ج ٢ - ص ٣٣١ .

رابعاً : منح الحق فرع وجوده ، ففكرة الحق ثابتة ، ودعامة أساسية فسي
الفقه الاسلامي (١) ، يرشدك الى هذا اجماع علماء الاصول والفقهاء
على هذا ، واهتمامهم يبحث تقسيمه وبيان أنواعه ، وافرادهم لسه
موضوعاً برأسه في علم الاصول يسمى (بالمحكوم فيه) (٢) .

خامساً : ان الحق ليس غاية في ذاته ، بل وسيلة الى مصلحة شرع الحق
من أجلها ، ولو كان غاية في ذاته لكان من حق الفرد أن يتصرف
فيه وفق هواه وورغته ، دون أن يقصد الى غاية اخرى يحققها ممن
وراء تصرفه ، ولقد أتى على الناس زمن كانت حقوقهم - في ظل
تشريعاتهم الوضعية - غايات بذاتها يمارسها اصحابها باراداتهم
الحررة دون أن يستهدفوا من وراء ذلك تحقيق مصلحة معينة مرسومة
الا ما توحى لهم به انانيتهم ومصالحهم الذاتية .

سادساً : ان الفرد كالجماعة كلاهما يختص بحقه ، ويرشدنا الى هذا
تقسيم الاصوليين الحق الى قسمين أساسيين : حق الفرد ، وحق
الله ، وتفسير هذا الاخير بأنه هو حلال ما يتعلق به مصلحة
عامة .

(١) - سيتضح ذلك في بحث (حق الملكية) باقامة الادلة على أنه
(حق شخصي) وليس تنظيمياً اقتصادياً ، غير أنه حق مقيد بالتزامات
ايحابية وسلبية مفروض على المالك اداؤهما .

(٢) - لا نتفق مع الدكتور شفيق شحاته فيما ذهب اليه من أن تسمية
الاصوليين لاصحاب الحق (بالمكلفين) مشعر بأن طبيعة الحق
في الفقه الاسلامي تقترب من طبيعته في مذهب التضامن الاجتماعي
وسياقي ، تفصيل ذلك في موضعه ، نظرية الحق ، ص ١٠ وما بعدها .

سابعاً : ان الفرد ذو كيان مستقل ، وشخصية ذاتية في المجتمع (١) لا مجرد عنصر تكويني أو آلة اجتماعية .
ثامناً : الدولة كالفرد ، كلاهما يتلقى الحق منه تعالى ، فالفرد عبده الله ، لا للدولة ، فالله سبحانه وتعالى الذي منح الفرد حقه هو الذي منح الدولة حق الطاعة على الرعيعة .
وعلى هذا فلا تملك الدولة أن تمنح للفرد حقاً ، ان ليس حقها بأقوى من حق الفرد الا في حالة الاعتداء على حق الغير ، وأذا لم تكن مانحة للحق ، فليس لها أن تسلب الفرد حقه ، رعاية حق الفرد في حدود المصلحة العامة ، وتمكينه من التمتع به على وجه لا يضر غيره من الفرد والمجتمع .

هذا وإذا تدخلت الدولة في شؤون الافراد ، فانما تتدخل في حق ثابت مقرر من قبل الله تعالى ، ولا يجوز الا في حدود رسمها الشارع الحكيم ترجع كلها الى مقتضيات الضرورة ، وكفالة الصالح العام ، وتطهير المجتمع من الاستغلال والفساد .

على أن الفرد - في نظر الشريعة - ليس هو ذلك الذي يدور في فلك الحرية المطلقة ، فالشريعة ان منحت الفرد حقوقه الشخصية - مسن الحرية والعصمة والمالكية (٢) باعتباره انساناً ، قيدت ذلك كله بما

(١) - سيأتي أن (المسؤولية الفردية) تستتبع الحرية ، والا فلا مسؤولية حيث لا حرية ، والحرية هي مظهر للإرادة الواعية المستقلة ولكنها حرية مقيدة مسؤولة .

(٢) - التوضيح لصدر الشريعة ج ٢ - ص ١٦٢ .

ألُقى عليه من مسئولية - دينية ودينية - لتحد من حريته بما يمنع الاضرار عن غيره ، ولا ريب أن المسئولية الفردية ان تستتبع الحرية تبررها - ان لا مسئولية حيث لا سلطة - فهي من جهة اخرى تقيد بها بدائرة البروالصالح العام .

هذه المسئولية تجد لها واضحة في قوله تعالى (وكل انسان الزمناه طائره في عنقه) وقوله تعالى : (من عمل صالحا فلنفسه ومن اساء فعليها) وقوله (فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره) وجلاها الرسول الكريم بقوله (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته . . الحديث) .

فالفردي ان - في نظر الشريعة كائن حي حر مستقل مسئول ، ولكن هذا الاستقلال ليس تاما ، بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون على البروالصالح العام (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) وبذلك يكون ملزما ايجابيا بالتعاون على الخير المشترك ، وملزما سلبيا بتجنب الاثم والفساد والاضرار ، وهذه القاعدة - بوجهيها الايجابي والسلبي - تعتبر قاعدة عامة يقوم عليها التشريع الاسلامي كله فيما يتعلق بالاحكام الدنيوية والمعاملات ، ولقد حكمها الائمة المجتهدون تحكما عاما في سائر التصرفات - المعاوضات والتبرعات - وفي الاحكام المتعلقة بالبايعات غير المشروع الذي يحرك ارادة الفرد الى انشاء التصرف - فالفقهاء لا يجيزون التعاون على الاثم والعدوان باطلاق بشتى صوره بالاتفاق (١) ، ومن ثم يبطلون كل تصرف انحرف به صاحبه تحت ستار من مشروعيته ظاهرا عن المقصد الشرعي الذي من أجله شرع ، لان في تنفيذه تعاوننا على الاثم والعدوان وهذا قيد عام يرد على كافة صور استعمال الحقوق .

(١) - الموافقات : ج ٤ - ص ٢٠٠ .

ليس الخلاف بينهم في هذا الاصل ، بل في المناط الذي يتحقق به التعاون أو التذرع أو التحايل على قواعد الشرع ، أو مناقضة مقصد الشارح ،

ومما يؤكد هذه القاعدة توجهها السلبي ، وهو وجوب الامتناع عن كل ما يضر بالخير ، قوله عليه الصلاة والسلام (لا ضرر ولا ضرار) .
هذه ثمرة المسئولية الفردية من الناحية النظرية : لا تجعل مسن الفرد آلة اجتماعية تعمل لصالح المجتمع دون مصلحته الشخصية .

أما ثمرتها من الناحية العملية ، فانها تجعله أهلا للتملك والتعاقد ومن هنا كان اقرار الشريعة للملكية الفردية ، كحقيقة ثابتة معلومة من الدين بالضرورة ، وكقاعدة اساسية في النظام الاقتصادي الاسلامي ، وذلك مما يساير الفطرة الانسانية ، وتقتضيه كرامة الانسان فضلا عن كونها وسيلة مشرة لا ذكاء الحافز الذاتي للفرد ، وتنشيط مواهبه وملكاتة ، للعمل لصالحه وصالح المجتمع ويدهي أن هذا عامل أساسي في تقدم المجتمع وازدهاره (١)
هذا ، ومسئولية الفرد قبل الجماعة مرجعها انه مكلف برعاية مصالحها كما هو مسئول عن تحصيل مصلحة نفسه سواء بسواء ، فمن حق الجماعة على الفرد الا يعبت بمصالحها تحت ستار ما منح من حقوق ، وأيدت الشريعة هذا الحق ، بأن أقامت من الجماعة نفسها رقيباً على تصرفات الفرد حتى في خالص حقه ، وهو قوة مانعة له من احداثه الاضرار بها قبل أن يقع ويستشري فسادها ، بل فرضت عليها القيام بهذا الواجب رعاية لحفظها من عبث الانانية الفردية ، ولعل أوضح ما ورد في هذا الشأن حديث السفيينة (٢) .

(١) - راجع مقال الشيخ أبي زهرة في رسالة الاسلام عدد ١ سنة ١١ ومقال تراثنا الروحى للدكتور البيهى ، المرجع السابق .
(٢) - أخرجه البخارى عن النعمان بن بشير .

على أن (المصلحة العامة مقدمة) (١) على المصلحة الفردية عنسد التعارض ، على ما هو مقرر في الشريعة ، ولولحق الفرد من جراء ذلك ضرر ، لانه ينجر بالتعويض ، ولان في رعاية المصلحة العامة وتقديمتها رعاية للمصلحة الخاصة ضمنا ، كما أشأ رالى ذلك الحديث (نجوا جميعا) وما يؤكده ذلك ، ان الشارع حرم الاحتكار وكل ما يؤدى اليه تأكيداً للنفي الاضرار عن الناس ، ومن ذلك تلقي السلع ، وبيع الحاضر للهادى ، كما أوجب التسعير الجبرى اذا تعدى التجار في أسعار ما يحتاج اليه الناس تعديا فاحشا ، وهذا - لا شك - تدخل في أصل حق الملكية للمصلحة العامة .

كذلك أجاز الشارع نزع الملكية الخاصة - في ظروف معينة - للمصلحة العامة (٢) وقد بين المحققون من الاصوليين (طبيعة الحق) الفردى في الفقه الاسلامي ، بأنه حق مشترك وليس فرديا خالصا ، ذلك لان الصالح العام مراعى في كل حق فردى ، وهذا ما عبر عنه الشاطبي (بحق الله) ان يقول : وايضا ففي العادات - وهي الحقوق والمعاملات - حق الله تعالى من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع ، لان حق الغير محافظ عليه شرعا أيضا ، ولا خيرة فيه للعبد ، فهو حق الله تعالى صرفا في حق الغير (٣) .

وهذا الاصل يعتبر قوام الحقوق الفردية ، بما يلقي عليها جميعا من قيد المحافظة على حق الغير ، والامتناع عن الاضرار به .

كما أكد هذا المعنى الفقهاء في صدد بحقهم في (فكرة الباعث)

وأثره في التصرفات كما قدمنا آنفا .

(١) - المرافقات ج ٢ - ص ٣٥٠ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - المرافقات - ج ٢ - ص ٣٢٢ .

الحق
الفقه الإسلامي

المبحث الاول : أنواع الحقوق : الحق الذاتي ، والحق الغيرى أو الوظيفي المنزلة الوسطى ، الحق التقديرى .

المبحث الثانى : تعريف الحق لغة - تعريفه عند الاصوليين ونقده ، تعريفه عند الفقهاء القدامى ونقده ، تعريفه عند المحدثين ونقده ، تعريفنا للحق وتحليله وبيان صلته بنظرية التعسف .
المبحث الثالث : تعريف الاباحة عند الفقهاء القدامى ، تعريفها عند الاصوليين ، تعريفها عند القانونيين والفقهاء المحدثين تعريفنا لاباحة وتحليله وبيان صلته بنظرية التعسف .

المبحث الرابع : علاقة الحق بالحكم ، الحق وسيلة ، الوظيفة الاجتماعية للحق .

المبحث الاول

الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية أو الوظيفية

الاصل فى الحقوق أن تكون المصالح فيها ذاتية ، يستأثر بها أربابها ذلك ، لان الحق اختصاص شخص بمصلحة ما مادية كانت أم معنوية . غير أن ثمة طائفة من الحقوق ، كحقوق الاسرة مثلا (١) ، لا تعود

(١) - وهي حقوق تستند فى ثبوتها لاربابها الى ما يوجد بين الافراد من صلات الزوجية والقرابة كحق التأديب : تأديب الاب لصفيره وتأديب الزوج لزوجته ، وحق الولاية على المال ، وحق الحضانة وحق الكفالة ، راجع الحق والذمة للاستاذ الشيخ علي الخفيف ، ص ١٨٩

المصلحة فيها على من تقررت لهم ، لانها عبارة عن سلطات قررها الشارع لبعض افراد الاسرة على بعضهم الاخر ، تقترن بواجبات مفروضة على صاحب الحق ، والمصلحة فيها غيرية لا ذاتية ، ان لم تتقرر هذه الحقوق لاصحابها لرعاية اشخاصهم ، بل لرعاية مصلحة الاسرة بمجموعها ، ومسئورائها مصلحة المجتمع ، فالمصلحة فيها عامة ، كما ترى .

هذا ، وفي الفقه الاسلامي حق التأديب للاب على طفله مثلا ، لا يسع الاب الامتناع عن القيام بما يفرضه عليه هذا الحق من واجب التأديب والتهذيب والتعليم ، كما لا يسعه التقصير والاهمال فيه فضلا عن أن يتعمد الاساءة في توجيهه ، لانه مأمور برعاية الانظر والاصح له ، والا حرم هذا الحسب ولذا يغلب على هذا الضرب من الحقوق صفة الواجب والوظيفة ، يقسول الشاطبي " ان الاب في طفله أو الوصي في يتيمه ، أو الكافل فيمن يكفله مأمور برعاية الاصلح له (١)

-
- (١) - الاعتصام للشاطبي ج ٢ - ص ١٢٢ ، ويعبر بعض الفقهاء عن الامر أو الوجوب بالطلب .
- يقول قدرى باشا في كتابه الاحوال الشخصية مادة (٣٦٥) (يطلب من الوالد أن يعثني بتأديب ولده وتربيته وتعليمه . الخ . وانظر السرخسي ج ٢ - ص ٢٤٤ وفتح القدير ج ٣ - ص ١٩٤ / ١٩٦ ، وتبيين الحقائق للزليعي ج ٢ - ص ١٣٠ / ١٣٢ - جامع الفصول ج ٢ - ص ٢٠ / ٢١ ، هداية المجتهد ج ٤ - ص ١٤ والمدونة ج ٤ - ص ٤ كشف القناع ص ٣٧١ - ج ٣ ، في الولاية على البراة والصغير ، وانها مفيدة بالنظر والمصلحة .

والحكمة الفائية في التأديب ، أن الشرع قدر أن مصلحة الاسرة
بمجموعها ، ومن ورائها مصلحة المجتمع ، تقتضي أن يكون لبعض افرادها
سلطة على بعضها الاخر : وان تؤيد بتوقيع جزاء مقدر في حدود معينة
اذا ما انحرف أو خرج على الاسرة ، وهي مصلحة ترقى الى اعتبارها حقاً
للمجتمع أو تربو على حق الخاضع للتأديب في سلامة جسمه وصونه عن
الايذاء والايلام ، وهو في الواقع استثناء من أصل عام مقرر في الشريعة
هو عصمة الانسان عن ايذائه وايلامه .

فوضح ان ، انه حق لم يتقرر ميزة للاب ، لتمكينه من استغلال
أولاده في مصلحته الشخصية ، والا كان تعسفا ومنحرفا عن الغاية السليمة
من أجلها منح هذه السلطة ، وانما تقرر من أجل مصلحة الاولاد أنفسهم
التي تعود بالتالي على الاسرة بأكملها .

ونضرب لذلك مثلاً آخر ، حق الكفاة ، فهو يتعلق بالنسب وتأسيس
القربات ، فالمصلحة فيه عامة تعود على الاسرة والمجتمع ، ولذا لا يجوز
الشارع عضل الولي ، أي امتناعه عن تزويج من هي في ولايته من الكفاة
لما في ذلك من تعسف يلحق الضرر بتلك المصلحة ، ان لم يتقرر هذا
الحق لمصلحته الخاصة ، ولذا جاز للمرأة أن ترفع أمرها الى القاضي ،
ليزوجها من رضى به اذا كان كفواً ، صونا لمصلحة البنت والاسرة علسي
السواء ، ودرأ للتعسف (١) .

(١) - راجع في (عضل الولي) احكام القرآن للجصاص ج ٢ - ص ٤٧٢

بداية المجتهد ج ٢ - ص ١٣ تفسير الطبري ج ٥ - ص ١٨

انفع الوسائل ص ٢٠ ، الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ١٥٧ .

كما أن ولي الامر أو القاضي - وقد منح هذا الحق في حالة عدم وجود ولي خاص أو في حالة وجوده مع عضله بغير وجه حق - لا يجوز له التنسازل عن حق الكفاءة هذا ، لانه حق عام لجماعة المسلمين .

يقول السيوطي في الاشباه والنظائر (١) ، ليس له - للامام - ومن باب أولى القاضي ، وهو نائبه - أن يزوجه امرأة - أي لا ولي لها - بغير كفاءة وان رضيت ، لان حق الكفاءة للمسلمين ، وهو كالتائب عنهم ، فلا يقدر على اسقاطه (٢) لانه متعلق بالنظام الشرعي العام ، وتلك آية كونه حقا عاما . وما قلنا في حقوق الاسرة نقول في الحدود ، وهي التي سماها الاصوليون (حقوق الله) تعظيما لشأنها ، لما يتعلق بها من النفع العام واخلاء العالم عن الفساد ، وصون أمن الجماعة ، فالشارع اسندها الى أولي الامر ، ومن البين أن المصلحة فيها ليست راجعة الى من وكل اليه ممارستها من رجال السلطة العامة في الدولة ، ولا الى فرد بعينه ، بل الى المجتمع كله . وهي حقوق مفروضة لا يجيز الشرع اسقاطها (٣) أو التهاون في اقامتها بحال .

(١) - الاشباه والنظائر للسيوطي القاعدة الخامسة (تصرف الامام على الرعية

منوط بالمصلحة - والاشباه والنظائر لابن نجيم الماد الخامسة ص ١٥٧ .

(٢) - ويعلق الحموي على كلام ابن نجيم في هذه المسألة بقوله : لان الحق

للعمامة ، والا مان نائب عنهم فيما هو انظر لهم ، وليس من النظر اسقاط حقهم (المرجع السابق والاعتساف في هذا جاء من قبل أن الاسقاط لا مصلحة فيه ، فهو تصرف على نحو لا يحقق المصلحة ، بل فيهدرها .

(٣) - الا في ظروف خاصة ، نص عليها الفقهاء لمصلحة راجحة ، فيجوز ارجاؤها كما في قول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا تقطع الايمنى في الغزو) وقاسوا على حد السرقة سائر الحدود ، خشية أن يلحق المحدود بالاعداء .

وإذا كانت هذه الحقوق (وظيفية) يفتن فيها الحق بواجب مفروض
الاداء ، فهل تعتبر حقوقا بالمعنى الصحيح ، أو هي مجرد وظائف محددة .
لا يعرف الفقه الاسلامي ، هذه التفرقة ، بين الحق الشخصي
والوظيفي ، فسواء كان الحق مقررًا لشخص معين ، لمصلحته الذاتية أو مسن
أجل مصلحة الأسرة ، أم للسلطة العامة لمصلحة المجتمع ، فهو الحق بالمعنى
الفقهي ، ولم نر في تقسيم الاصوليين للحق قسما خاصا بالحق الوظيفي
هذا بل جعلوا حق الله قسيما لحق الفرد .

وقد أكد هذا المعنى بعض الفقهاء المحدثين بقوله : (ويكفي
في اطلاق اسم الحق على المصلحة أن يترتب عليها فائدة ولو لغير المنسوبة
اليه (١) .

المنزلة الوسطى (٢) :

هذا وقد أشار القرافي في فروقه الى منزلة وسطى بين الحق والرخصة
فصاحب هذه المنزلة هو (من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتطبيق
وهل يعد مالكا أولا ، ؟ ذكر القرافي أنه (قد يختلف في هذا الاصل
في بعض الفروع) .

فالشفيع مثلا قد انعقد له سبب المطالبة بأن يتملك البيع بالشفعية
ولا خلاف في أنه غير مالك (٣) .

-
- (١) - الحق والذمة ، للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٣٧ .
 - (٢) - الفروع للقرافي - ج ٣ - ص ٢٠ / ٢١ .
 - (٣) - المرجع السابق ص ٢٠ / ٢١ - ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري
(هي دون الملك وفوق الرخصة) مصادر الحق : ج ١ - ص ٨ .

وللمجاهد حق المطالبة بالقسمة والتطليق اذا حيزت الغنيمة ، لانه
انعقد له سبب المطالبة ، ولكن هل يعد مالكا أم لا ؟ قولان : فقول
يملك بالحوز والاخذ ، وهو مذهب الشافعي ، وقيل : لا يملك الا بالقسمة
وهو مذهب مالك .

ويقابل القرافي ما بين المنزلة الوسطى هذه وبين الرخصة ، فيقول
عن صاحب الرخصة : (من ملك أن يملك) وعن صاحب المنزلة الوسطى (من
جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتطليق) وينكر على الاول أن يكون مالكا
ويجعل الثاني محلا للنظر .

المنزلة الوسطى والحقوق التقديرية في الفقه الاسلامي :

قلنا ان الشريعة الاسلامية لا تعرف هذه التفرقة بين الحقوق ، فالحقوق
كافة بما يشمل الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية والحقوق التقديرية ، والعزلة
الوسطى بين الحق والرخصة ، والرخص أو الحريات العامة .

المبحث الثاني

تعريف الحق وتحليله

ونتناول فيه المباحث الاتية :

- ١ - تعريف الحق لفه .
- ٢ - تعريفه عند الفقهاء المسلمين ونقده .
- ٣ - تعريفه عند الاصوليين .
- ٤ - تعريفه عند فقهاء المسلمين المعاصرين وتحليله ونقده .
- ٥ - تعريفنا للحق وتحليله .

تعريف الحق

١ - تعريف الحق لغة :

يطلق الحق لغة على الملك ، والمال ، والامر الموجود الثابت أو الثبوت والوجوب ، من حق الشيء اذا ثبت ووجب ، ومنه قوله تعالى (لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون) (١) .

وكل ما ورد من الاستعمالات اللفوية لكلمة (حق) يدور حول معنى الثبوت والوجوب .

٢ - تعريف الحق عند الفقهاء :

لم يعن الفقهاء بتعريف الحق بمعناه العام في الشرع ، اعتمادا منهم على المعنى اللفوي لكلمة حق ، ولعلمهم رأوا أنه من الواضح بحيث لا يحتاج الى تعريف (٢) .

غير أن بعض الفقهاء ، عرفه بتعريف يكتنفه الغموض ، كما يلزم منه الدور ، فقال : (الحق ما يستحقه الرجل فلفظ (ما) عام ، يشمل الاعيان والمنافع والحقوق المحددة ، هذا فضلا عن ابهامها ، كما أن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق ، وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق ، فيلزم الدور ، وهو عيب في التعريف كما يقول المناطقة .

(١) - سورة يس آية ٨ . (٢) - الحق والذمة - ص ٣٦ - نلشيخ علي الخفيف

(٣) - البحر الرائق ج ٦ - ص ١٤٨ . راجع في الاستعمالات الفقهيّة

الفقهي كتاب الحق والذمة - للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٣٤ وما

بعدها ، واحكام المعاملات الشرعية للمؤلف نفسه ص ٣١ / ٣٢

والمنار وحواشيه ج ١ - ص ٨٨٦ .

وفي شرح المنار : أن (الحق هو الشيء الموجود من كل وجهه
ولا ريب في وجوده) .
استعمالات الفقهاء للحق :

والمتبع للكلمة في استعمالات (١) الفقهاء يرى أنهم لم يطلقوا
الحق على مفهوم واحد ، بل على معان مختلفة مأخوذة من المعاني
اللغوية لكلمة حق .

هذا ، وأطلق الفقهاء كلمة الحق في بعض الحالات على جميع الحقوق
المالية وغير المالية ، فيقولون : حق الله وحق العبد (٢) ويريدون أحيانا
أخرى مرافق العقار ، كحق المسيل وحق الطريق (٣) ، وأحيانا على ما
ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذي يعتبر حكم العقد
ففقده البيع حكمه نقل ملكية المبيع ، ولكن حقوقه تسليم المبيع ، ودفع
الثمن (٤) .

يتضح من هذه التعريفات - على ما فيها من ابهام وبعد عن تصوير
ماهية الحق أنها تدور حول المعنى الواضح للحق بمعناه اللغوي من
الوجود والشبوت .

نعم ورد تعريف الحق الملكية للحاوي القدسي فيما نقله ابن نجيم
بأنه (اختصاص حاجز) وهو تعريف يكشف عن أهم خصيصة للحق بمعناه
العام ، فالإختصاص جنس في التعريف ، والإختصاص جوهر كل حق ، وهو

(١) - شرح المنار وحواشيه ص ٨٨٦ .

(٢) - الحق والذمة للشيخ علي الخفيف ص ٣٤ ، أحكام المعاملات الشرعية

الشرعية - للمؤلف السابق - ص ٣٠ / ٣٢ ، وراجع المدخل إلى نظرية
(٣) - الأشباه والنظائر ج ١ - ص ١٢١ ، وراجع المدخل إلى نظرية

الالتزام للإستاذ مصطفى الزرقا ج ٤ - هامش ص ٣٤ .

عبارة عن علاقة أو رابطة بين شخص وشيء ، أو بين شخص وشخص
تمنح صاحبها استئثارا على موضوعها (١) .
٣- تعريف الحق عند الأصوليين :

عني الأصوليون بتقسيم الحق في (باب المحكوم به) وهو فعل المكلف
الذى يتعلق به خطاب الشارع (٢) ، وقد قسموه الى قسمين رئيسيين : حق
الله وهو (ما يتعلق به النفع العام لجميع العالم ، فلا يختص به واحد
بعينه ، وضافته الى الله تعالى لعظيم خطره وشمول نفعه (٣) وحق
العبد - الفرد - ، وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة .

غير أنهم لم يتعرضوا لتعريف الحق بما يزيد من معناه اللفسوى
فقالوا : الحق في اللغة عبارة عن الوجود من كل وجه وجود لا شك فيه
ومنه هذا الدين حق : أى موجود بذاته صورة ومعنى ، ولفلان حق فسي
ذمة فلان ، أى شيء موجود من كل وجه .

غير أن بعضهم يقول في تعريفه (٤) (الحق الموجود والمراد به
هنا حكم يثبت) ويرد على هذا التعريف عدة أمور :

- (١) - الاشباه والنظائر - ج ١ - ص ١٢١ .
- (٢) - المرأة على المرقاة ج ٢ - ص ٤٢٩ المنار وحواشيه ص ٨٨٦ .
- (٣) - المنار وحواشيه ص ٨٨٦ ، شرح التلويح على التوضيح ج ٢ - ص ١٥٥
الموافقات للشاطبي - ج ٢ - ص ٣١٥ - وما بعدها ، الفروق للقرافي
ج ٢ - ص ١٤٠ (الفرق الثاني والعشرون) .
- (٤) - هو الفقيه عبد الحلیم بن محمد أمين الكنوي صاحب حاشية قمر
الاقمار على نور الانوار شرح المنار ج ٢ - ص ٢١٦ وانظر نقض
هذا التعريف ايضا في كتاب الحق والذمة ص ٣٧ والمدخل الى نظرية
الالتزام للاستاذ الزرقا ص ١٠ وما بعدها .

أولا - انه ينبغي عن منشأ الحق ومصدره ، لان الحق لا يعتبر حقا في نظر الشرع الا اذا قرره الشارع ، وتقديره انما يكون بحكم كما أسلفنا .

ثانيا - أن الحكم ، ان أريد به خطاب الله المتعلق بافعال المكلفين اقتضاه أو تخييرا أو وضعا ، فالحق ليس هو نفس الخطاب على ما هو الراجح (١) وانما هو الاثر الثابت بالخطاب ، فعلاقة الحق بالحكم هي علاقة السبب بالسبب .

على أنه لو أريد بالحكم الاثر الثابت بالخطاب من الوجوب والحرمة والاباحة كما هو مفهومه عند الفقهاء ، فالتعريف غير مانع ، لان الاحكام الوضعية ما هو شرط لمشروط ، أو مانع لحكم ، أو سبب لمسبب ، ليست حقا لا حكمة مع انها حكم ثابت ، .

هذا ، ومن الاحكام ما هو وارد على سبيل التخيير أو الندب ، وليس أي منهما حقا بل رخصة أو اباحة .

والخلاصة ان هذا تعريف بالاعم ، لان كل حق حكم ، وليس كل حكم حقا .

ع - تعريف الحق عند فقهاء المسلمين المعاصرين :

أورد بعض الفقهاء المعاصرين تعريفات (للحق) مختارة لديهم نتناول أهمها :

أولا - الحق (مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أولهما معا ، يقررها الشارع الحكيم) (٢) أول ما يؤخذ على هذا التعريف انه عرف الحق بغايته .

(١) - فالقرافي يذهب الى أن حق الله هو أمره ونهيه أي نفس الخطاب .

(٢) - الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٣١١ .

فالحق بذاته ليس مصلحة ، بل هو وسيلة الى مصلحة ، وتعريف الحق (بالمصلحة) خطأ شائع لدى كثير من رجال الفقه والقانون على السواء ، وكأنهم نظروا الى ما يستهدفه الحق من مصلحة ، فعرفوه بها .

على أن صاحب التعريف يشير الى أن علما اصول الفقه يذكرون في باب (المحكوم به) وهو الحقوق بمختلف انواعها ، انه - أى الحق ، فعمل الانسان الذى يتعلق به خطاب الشارع - أى ما يطلب من الانسان القيام به من قبل المشرع - وهو الله تعالى - لمصلحة الفرد أو المجتمع أو كليهما معا (١) . فقول المؤلف : لمصلحة الفرد ، بيان للغاية ، لان اللام للتعليل ، وهذه المقدمة لا توصله الى ما انتهى اليه من نتيجة بقوله (رادنا لنا أن نعريف الحق بأنه مصلحة ثابتة للفرد . . . الخ (٢) .

هذا ، والواقع أن وصف الاصوليين للحق بأنه فعل فيه تسامح ، ان الفعل ليس هو الحق ، بل هو أثر للحق ، وهذه الآثار قسما ، بعضها ينتجها الحق في جانب من له الحق ، وهي مضمون الحق من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وبعضها الاخر التزامات ينتجها الحق في جانب من عليه الحق ، فهي موضوع الحق لا مضمونه ، فالافعال اذن آثار الحق ، وليست هي ذات الحق وجوهه (٣) .

على أن من الآثار ما يكون التزاما بالامتناع عن عمل ، كحرمة اتلاف مال

(١) - المرجع السابق - ص ٢١٠ - ٢١١ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - نفرق بين مضمون الحق وموضوعه أو محله ، فمضمون الحق ما يخلو له

الحق لصاحبه من سلطات لممارسته . اما موضوع الحق فهو محله

كالتزام الدائن بأداء ما عليه من دين مثلا في الحق الشخصي .

الغير في جانب من عليه الحق ، ان يقتضيه الكف أو الامتناع عن قربانه ،
تأكيدا لمصونية حق الملكية ، وعلى أى حال ، فالأفعال - ما كان منها
إيجابيا أو سلبيا ، في جانب صاحب الحق أو من عليه الحق ان هي
الا آثار الحق ، وليست هي الحق بالذات ، وفرق بين الشيء وفايته
أو أثره .

والخلاصة : ان التعريف السابق ، تعريف للحق بغايته مع ذكر أقسامه
ثانيا - وعرف بعضهم الحق بأنه (ما ثبت للانسان استيفاؤه) ويقصد
(ما ثبت بمقتضى الشرع) .

وبتحليل هذا التعريف يتبدى لنا :

أولا - انه لا يظهر جوهر الحق ، بل موضعه ، فالثابت استيفاؤه شرعا
بمقتضى الحق ليس هو الحق بل موضعه ومحلّه ، وهو - وان أفساد
التعميم في موضوع الحق ، لان (ما) من الفاظ العموم حتى شمس
جميع القيم والأشياء التي يستأثر بها صاحب الحق - غير أنه لم يفد
التعميم من حيث أنواع الحق ، ان يثبت لغير الانسان من الأشخاص
الاعتبارية كالشركات وبيت المال ، والوقف ، حقوق مع أن التعريف
لا يشملها ، فلو استبدلنا كلمة شخص بانسان ، لكان جامعا ، ان الشخص
أعم من أن يكون حقيقيا أو اعتباريا .

وأبضا التعريف غير مانع ، لانه يشمل الرخصة والاباحة ، ان هي
يثبت استيفاؤه شرعا كذلك ، واطلاق الحق بمعناه الدقيق على الاباحية
تجاوز ، لاختلاف كل منهما مفهوما . والتفرقة بين الحق والرخصة لهما
أهميتها في باب المعاملات لدى الأصوليين (١) والفقهاء ورجال القانون

(١) - راجع هذه التفرقة مع الامثلة وما يترتب عليها من أحكام - الفسروق

على السواء (١) .

كما لا يشمل التعريف (حقوق الاسرة) من مثل حق الولي في تأديب الصغير ، ان المصلحة عائدة على غير صاحب الحق ، وهو المولى عليه ، كما قدمنا .

ولو فسرنا (ما) بسلطة أو حكمة أو قدرة ، وقصرناها على هذا المعنى مع أن عمومها ينفي ذلك ، لما أبان التعريف ماهية المعرف أيضا ، من قبيل أن هذه الامور أثر من آثار الحق .

ثالثا - وعرفه بعضهم بأنه (مصلحة مستحقة شرعا) (٢) .

-
- (١) - مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور السنهوري ج ١ ص ٤ وما بعدها ، واصل القانون للدكتور حسن كبره ص ٥٦٤ و ٥٦٧ ونظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١٦٦ ط ثانية .
- (٢) - الحق والذمة ص ٣٧ ، واحكام المعاملات الشرعية ص ٣ / ٣ للاستاذ علي الخفيف ، حيث يقول : والحق لا يعد وأن يكون منفعة أو مصلحة (مختصر) جرى كثير من رجال الفقه الاسلامي والقانون على تعريف الحق (بالمصلحة) من هو الا* الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه الوجوه والعقود ج ١ - ص ٣٥ - والدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه مصادر الحق ج ١ - ص ٥ . وهذا نظر منهم الى موضوع الحق وغايته ، لا الى المعنى في ذاته . على أن تعريف الحق بالمصلحة (قال به الفقيه الالمانى (اهرنج) صاحب النظرية الموضوعية او نظرية المصلحة . راجع نظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١١ ونظرية الحق للدكتور شمس الدين الوكيل ص ١ . وأصول القانسون : للدكتور حسن كبره ص ٥٦٤ - ٥٦٧ .

وهذا التعريف - على ايجازه - يرد عليه ، ما ورد على التعريف السابق ومن أنه جعل جوهر الحق مصلحة ، كما أنه يرد عليه ما ورد على تعريف صاحب البحر الرائق من لزوم الدور .

ولكنه يبين - بعد أن أتى بالتعريف السابق للحق - ما هو الحق في تعريف الحق ، فيقول : (والحق اختصاص بمصلحة أو منفعة) (١) ولو أورد هذا في التعريف فقال : الحق اختصاص بمصلحة ثابتة شرعا لكان أولى .

هذا ، وقد أتى بتعريف آخر للحق يصرح فيه أن المصلحة غاية الحق ، إذ يقول الحق (ما ثبت لابسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه (٢) ويشير الى أن الفقهاء درجوا على استعمال الحق بهذا المعنى ، ويورد على هذا التعريف أنه غير جامع ، لأنه لا يشمل الحقوق التي ثبتت لغير الانسان من الاشخاص الاعتبارية ، كما أنه لا يشمل الحقوق الغيرية ، مع أن الفقهاء والاصوليين يطلقون عليها اسم الحق أيضا ، فثبت أن هذا المعنى قاصر عن أن يشمل جميع ما أطلق الفقهاء عليه اسم الحق .

أقننا الدليل فيما سبق على أن الحق في الشريعة الاسلامية ، ليس طبيعيا ، من كونه صفة ذاتية اقتضتها طبيعة الانسان ، بل هو منحة من الشرع للشخص ، لتحقيق مصلحة معينة ، فهو إذن حق مقيد وغائي .

وتأسيسا على هذا النظر ، يمكن تعريف الحق بما يلي :

" الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء " ، أو اقتضاء اداءه من آخر تحقيقا لمصلحة معينة " .

(١) - الحق ولذمة ص ٣٧ ، راجع البحر الرائق ج ٦ - ص ١٤٨ حيث يقول

: (الحق ما يستحقه الرجل) .

(٢) - احكام المعاملات الشرعية ص ٣٠ / ٣٢ .

الاختصاص : هو الافراد والاستثمار ، وهو علاقة (١) تقوم بين المختص والمختص به ، وقد يكون المختص بموضوع الحق هو الله سبحانه وتعالى وهذه هي حقوق الله تعالى ، وقد يكون شخصا حقيقيا ، وهو الانسان أو ممتلكا ، كالدولة ، والوقف ، وبيت المال ، وجماعة المسلمين ، والشركات والمؤسسات ، وغيرها من الشخصيات الاعتبارية .

وقولنا اختصاص : يخرج الاباحات والحقوق العامة ما هو باح للكافة الانتفاع بموضوعه على سبيل الاشتراك دون استثمار ، أى أن الاباحة تسورث الافراد مكنة الانتفاع بموضوعها على قدم المساواة .

يقربه سلطة : وهذا قيد يخرج الاختصاص الواقعي دون الشرعي كالغاصب والسارق ، فاختصاص الغاصب بالمغصوب حالة واقعية لا شرعية أى لا يقربها الشارع سلطة الغاصب على المغصوب ، بل يوجب عليه رد ما

(١) - قلت : ان تعريف الحاوي القدسي لحق الملكية بانه (اختصاص حاجز . . الخ) يدل على ان الاختصاص جنس في التعريف ، يندرج تحته كل انواع الحقوق ، انظر الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ - ص ١٢٠ .

على أن عبيد الله بن سعد الاصولي الحنفي الطبق بصدر الشريعة ، قد عرف حق الملكية في كتابه (وقاية الزواية في سائل الهداية بانه اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزا عن تصرف الغير) فالاتصال وهو علاقة أو رابطة ، جنس في التعريف ، وهو جوهر كل حق ، لانه اتصال على سبيل الاختصاص والاستثمار .

غضب ، وكذلك السابق ، فلا بد أن من اقرار الشرع للعلاقة الاختصاصية حتى تكسب صفة المشروعية .

واقرار الشرع للاختصاص يستلزم كنتيجة منطقية حتمية اقراره سلطة للمختص على ما اختص به ، تلك السلطة هي حرية التصرف في الحدود التي رسمها الشرع ، ويستلزم بالتالي اباحة الافعال اللازمة والملائمة لذلك الاستعمال والتصرف المشروع .

سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر :

هذه السلطة التي هي قهرين لا ينفك عن الاختصاص الذي أقره الشرع لصاحب الحق ، قد تكون منصفة على شيء ، وهذا ما يسمى (بالحق العيني) كحق الملكية ، وحق الحبس في المرهون ، وحق الارتفاق بالشرب ، وحق وضع الجذوع على حائط الجار ، أو تكون سلطة لشخص منصفة على اقتضاء أداء من آخر ، فالعلاقة هنا بين شخص الدائن وشخص المدين المتكتم وهو موضوع العلاقة أداء التزام معين ، كالشحن المؤجل ، أو منفعة الاجير أو الامتناع عن الانتفاع بالمرهون ، وهذا هو الحق الشخصي .

والاداء : قد يكون ايجابيا ، كالقيام بعمل ، أو سلبيا كالاتناع عن عمل ، فالتعريف شامل لحقوق الله تعالى - كالعبادات والاحكام - وحق الجهاد ، وحقوق الاشخاص ، العينية والشخصية .

تحقيقا لمصلحة معينة :

متعلق بقولنا (يقربه الشرع أى أن اقرار الشرع للاختصاص الذى أسبغ عليه صفة المشروعية ، انما كان من أجل تحقيق مصلحة معينة - مطلوب من صاحب الحق العمل على توخيها وتحقيقها شرعا ، لأن - الاختصاص الشرعي وما يستلزمه من سلطة ، انما منح وأقر لذلك ، حتى اذا اتخذ الشخص الحق لتحقيق غرض يتنافى مع غاية الحق التي منسح من أجلها ، بأن اتخذه ذريعة للاضرار بالغير ، او لتحقيق اغراض غير مشروعة ، كتحليل الربا عن طريق بيع العينة مثلا أو اسقاط الوكالة عن طريق الهبة الصورية قبيل انتهاء الحول ، أو كل ما هو غرض نحو الشرعية ، وخرم لقواعدها بتحليل محرم أو اسقاط واجب ، أو اتخذ الحق وسيلة للاضرار بالمجتمع بأن ابتغى تحقيق مصلحة خاصة ، ولكنها تتنافى والمصلحة العامة ، كالاختكار ، انسلخت صفة المشروعية عن هذا الاختصاص الشرعي ، واصبح هو وجميع لوازمه من الاعمال غير مشروع لأنه أصبح وسيلة لغير ما شرع له من مصلحة .

أهم ما يستنتج من هذا التعريف :

- أولا : يميز بين الحق وفاقته ، فالحق ليس هو المصلحة ، بل وسيلة اليها .
- ثانيا : تعريف جامع يشمل حقوق الله تعالى ، وحقوق الأشخاص الطبيعيين والاعتبارية بنوعها : العينية والشخصية .
- ثالثا : يبين مدى استعمال الحق بما ألقى عليه من قيد (تحقيقا لمصلحة معينة) اذ فيه تعليل لتقرير الشارع الاختصاص ولوازمه .

فكل حق في الشرع ممنوع لتحقيق غاية معينة ، وتظل حماية الشرع
مبسوطة على هذا الاختصاص ، مادام صاحبه ^{يقصد} إلى تحقيق تلك الغاية
وبهذا القيد يخرج التصرف المطلق الذي ينحصر عن غايته المرسوم
شرعا .

فهذا تعريف للحق في مفهومه الشرعي ، وهو في أصله مقيد بغايته
المحددة له شرعا ، ضمن الاطار التشريعي العام .

رابعا : استبعد الصلحة من تعريف الحق ، كما استبعد الارادة
لأن الاولى غاية الحق ، والثانية شرط لمباشرته ، واستعماله ، وقرق بين
الغاية والشرط ، وبين جوهر الحق ، وانه علاقة شرعية اختصاصية ، وقد
رأينا من الفقهاء من أبرز هذا العنصر الجوهرى في الحق ، من مثل
الحاوى القدسي (١) ، و صدر الشريعة ، في تعريفها لحق الملكية .
خامسا : شمل التعريف حقوق الاسرة ، وحقوق المجتمع (٢) وغيرها
من الحقوق الغيرية او الوظيفية التي لا ترجع فيها الصلحة الى صاحب
الحق ولا الى مباشره ، بل الى الغير (٣) ، غير ان الشريعة اسمها
حقوقا .

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢١ وما بعدها ، حيث
عرف حق الملكية بأنه اختصاص حاجز - والوقاية لصدر الشريعة ،
حيث عرف حق الملكية بأنه (اتصال شرعي) والاختصاص والاتصال
جنس في التعريف وكلاهما علاقة ورابطة . وهذا التعريف ينظر
الى الحق من خلال صاحبه - الملكية في الاسلام للسيد ابي
النصر أحمد الحسني ص ١٠ .

(٢) انظر احكام المعاملات الشرعية ص ٤٠ وما بعدها .

(٣) كحق الولاية على الصغير ، فالصلحة راجعة الى النول عليه
لا الى الولي صاحب الحق والحدود ، فهي حق الله ولكن الصلحة
راجعة الى المجتمع ، وتباشرها السلطة العامة .

وبذلك كان الفرد في الشريعة الاسلامية يتمتع بحق ذي صفة -
مزدوجة ، الفردية باعتبار أنه حق شخصي أصلا ، وفي هذا تكريم
لشخصيته ، واعتراف بكيانه الذاتي ، وهذا الاعتبار يتصل بطبيعة
الشريعة من حيث هي في ذاتها رسالة دينية تعني - أول ماتعني -
بالفرد وذاتيته واصلاحه ، وصفة اجتماعية ، ترضى حق الغير من
الافراد والمجتمع ، وبهذا يتحقق التكامل الاجتماعي ، كنتيجة حتمية
وتشريعية ، أساسها مفهوم الحق نفسه .

وبذلك تكون الشريعة واقعية في تشريعها ، لاتجاهل أيا من
المصلحتين ، وتقدم المصلحة العامة عند التعارض ، مع الاحتفاظ بالتعويض
على الفرد أن كأن له وجه ، وعناية للحقين ، ويضطلع بهسمة التقييد
والتنسيق نظرية التعسف في استعمال الحق على ماسياتي بيانه .
وهذا النظر من الشريعة الاسلامية يتفق والفطرة الانسانية ، فالفرد
لاتنكر فرديته كما لاتنكر صفته الاجتماعية .

الفصل الثاني

التعسف في استعمال الحق

البحث الاول

التكييف الفقهي للتعسف وتأصيله وتمييزه عن مجاوزة الحق طبيعة وجزاءه

لم يرد على لسان الاصوليين والفقهاء كلمة (اساءة) أو (تعسف)
في استعمال الحق وإنما هو تعبير وافد الينا من فقهاء القانون فسي
الغرب ، هذا ودرج فقهاء جمهورية مصر العربية والجمهورية السورية
على استعمال كلمة " تعسف " وأما في لبنان فأثروا استعمال كلمة

" اساءة " . نعم ، ورد في بعض الاصول كلمة " الاستعمال المذموم (١) تعبيراً عن التعسف أو الاساءة في استعمال الحق بالمعنى الذى نقصده اليوم .

هذا ، وقد وردت كلمة " المضارة في الحقوق " في كتاب الطرق الحكيمة ، لابن قيم الجوزية (٢) .

وأيا ما كان ، فما المقصود بالتعسف ؟ وهل ثمة فرق بينه وبين مجاوزة الحق ؟

المقصود بالتعسف : أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الاصل بمقتضى حق شرعي ثبت له - بمعرض أو بغير عرض - أو بمقتضى اباحة مأذون فيها شرعاً - ، على وجه يلحق بغيره الاضرار ، أو يخالف حكمته المشروعية .

ونضرب لذلك مثلاً يوضح الفرق بين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة حدود الحق أو الاعتداء .

١ - اذا أقام مالك بناءً على أرض غيره أو زرع أرض غيره ، اعتبر غاصبا أو معتدياً ، ففعله غير مشروع أصلاً ، لأنه لا يستند الى حق ولو كان فيه نفع لغيره ، ولكن اذا بنى رجل في أرضه ضمن حدودها ، حائطاً عالياً ، فسد على جاره منافذ الضوء والهواء ، حتى أصبح

(١) الموافقات ج ٣ ص ٢١٩ حيث يقول في التعسف في استعمال المباح

" فلم يزل أصل المباح ، وان كان مغموراً تحت أوصاف الاكتساب

والاستعمال المذموم " .

(٢) الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ، ص ٣١٠ .

منصب على كيفية استعماله ، أما بالنظر الى الباعث عليه أو مآله

وعلى ذلك لا يلزم التناقض أو التضاد (١) لتعدد الجهة .

فوحدة الصرف الشرعي لكل من التمسك والمجازة ، لا ينفي اختلاف

حقيقة كل منهما .

البحث الثاني

التفرقة من حيث الجزاء

مجازة الحق اعتداءً وظلم ، ويترتب عليه جزاء ان : دنيوى وأخرى

كما اذا صحبه قصد ايقاع الضرر ، ووقع الضرر فعلا ، مهما كان قدره .

والجزاء الدنيوى يكون بازالة آثار التعدي عينا أن أمكن ، والتعويض

على المضرور ما لحقه من ضرر ، أو بكليهما معا حسب الاحوال ، وقطع

سبب الضرر ، حتى لا يستمر وقوعه مستقبلا .

أما الاخرى - وهو الأثم والعقاب - فجزاء قصد الاضرار .

وقد يكون الجزاء دنيوى ، أو نقساطا اذا وقع الاعتداء خطأ دون قصد .

أما التمسك في التصرفات القولية ، فاذا كان نتيجة لباعث غير

مشروع ، لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، كأن يهب أمواله صوريا

قرب نهاية الحول ، لاسقاط الزكاة مثلا ، فثمة جزاء ان دنيوى ، بابطال

التصرف ، وأخرى وهو الأثم ، وهذا هو الدور الإقائي للنظرية .

(١) الموافقات ج ٢ ص ٢٥٨ حيث يقول في صدد استعمال الحسب

على وجه يعلم صاحبه أن أدائه الى المفسدة قطعي عادة ، مع

أن له ندحة في استعماله على وجه آخر لا يلزم عنه ذلك المحظور

ولا تضاد في الأحكام لتعدد جهاتهما .

من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد ، أو عبارة أخرى ، تعطلت بذلك المنافع المقصودة من الملك ، وهو ما يسى بالضرر الفاحش ، فهذا المالك يعتبر متعسفا في استعمال ملكه ، لأنه وإن تصرف في حدود حقه الموضوعية ، لكن لزم عن هذا التصرف أضرار بينة بالجار ، فتصرفته في الأصل مشروع ، لأنه يستند الى ما يمنحه حق ملكيته من سلطات : التصرف المادى والشري ، والاستعمال ، والاستغلال ، ومآسى التعسف هو ما آل اليه تصرفه من أضرار فاحشه بغيره كما ذكر .

مثال آخر :

٢ - من أوصى بما زاد عن الثلث ، يعتبر مجاوزا حدود حقه الذى منحه اياه الشرع ، وهو التصرف في حدود الثلث ، ففعله غير مشروع في الأصل ، لأنه لا يستند الى حق ، والتعسف فرع وجود الحق ، فهو اذن متعسف لا متعسف .

أما اذا أوصى بالثلث أو بما دونه ، وقصد بذلك مضارة الورثة مثلا ، وقامت الأدلة والقرائن على هذا القصد ، اعتبر متعسفا ، لأن أصل الفعل مشروع ، لاستناده الى حق ثابت له نسي الشرع ، لحكمة قصدتها الشارع من تقريره هذا الحق له ، ولكنه استعمله لا بقصد تحقيق تلك الحكمة ، بل للاضرار بالورثة ، اذ " لا ضرر ولا ضرار في الاسلام " ، فأتضح الفرق بين التعسف والمجازة .

لا يقال ان ثمة تناقضا بين وصف الفعل بكونه مشروعا في الأصل ، ثم وصفه بأنه متعسف فيه ، لأننا نقول ، الجهة منفكة ، فلا يلزم التناقض المزعوم ، اذ المشروعية منسبة على ذات الفعل ، والتعسف

وأما التعسف في التصرفات الفعلية إذا كان نتيجة لقصد الاضرار ووقع الضرر فعلا ازيل الضرر بالتعويض ، لأن الواقع لا يرفع ، وقطع سببه ،
منعا لاستمراره في المستقبل .
أوبعبارة أخرى ، إذا كان التعسف بالنظر الى مآل التصرف ونتيجته ، دون قصد الى ذلك المآل المنوع ، فالجزاء دنيوي فقط يمنع مباشرة سببه ، وبإزالة آثار الضرر عينا أو تعويضا حسب الاحوال ،
سواء أكان الاستعمال معتادا أم غير معتاد . وعلى هذا فالجزاء الدنيوي في التصرفات القولية يكون بإبطال التصرف ، أما في التصرفات الفعلية ، فمن المحال ازالة الضرر عينا ، لأن الواقع لا يمكن رفعه ، ولكن يمنع استمراره في المستقبل ، بقطع سببه ، والتعويض عما وقع ، كما في استعمال المالك عقاره على نحو يضر بغيره ضررا فاحشا .

تعريف التعسف :

قررنا أن نظرية التعسف مرتبطة أساسا بنظرية الحق ، وطبيعته ، ومدى استعماله ويمكن تعريف التعسف بأنه : " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الاصل " .

المبحث الثالث

معايير نظرية التعسف

في الفقه الاسلامي

قلنا أن نظرية التعسف في الفقه الاسلامي تجمع بين معيارين رئيسيين هما
١ - المعيار الذاتي أو الشخصي : وهذا يستدعي النظر في العوامل النفسية التي حركت ارادة ذي الحق الى التصرف بحقه ، من

الاضرار ، أو الدافع الى تحقيق مصالح غير مشروعة .

٢ - المعيار المادى : الذى يعتمد ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع ، وما يلزم عن ذلك من مفسدة ، ووسيلته فسي ذلك الموازنة ، فاذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل ، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها تهل بعض ، والحق الفردى مع المصلحة العامة من باب أولى .
ونبحث هذين المعيارين الرئيسيين بالتفصيل :

المعيار الأول ذو شقين :

آ - الاول : تحض قصد الاضرار .

ب - الثاني : الباعث غير المشروع .

أولا : تحض قصد الاضرار :

هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأصلها ، بدليل وجوده في الشرائع القديمة ، هذا ، وجاناته لمبادئ ظاهرة ، غير أن الكشف عنه من العسر بمكان ، لذا يستعان بالامور الظاهرة المادية ، كالقرائن في تبيته .

هذا ، والقصد الى الاضرار بالغير ممنوع في الشريعة ، فيمنع الفعل الذى اتخذ وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه ، لأنه يتنافى مع قصد الشارع من تشريعه للحقوق .

الفروع القهية في مختلف المذاهب تطبيقا

لهذا المعيار

في المذهب الحنفي : ذهب ابو يوسف الى منع من يستعمل حقه

بقصد الاضرار بغيره ، فقد جاء في كتاب الخراج مانصه :
وسألت أمير المؤمنين عن الرجل يكون له النهر الخاص ، فيسقي منه حرثه
ونخله وشجره ، فينجر من ماء نهره في أرضه ، فيسيل الماء من أرضه الى
أرض غيره فيغرقها ؟ قال ليس على رب النهر في ذلك ضمان ، من قبل
أن ذلك في ملكه وكذا لو نزلت أرض هذا من الماء ففسدت ، لم يكن على
رب الأرض شيء ، وعلى صاحب الأرض التي غرقت ونزلت أن يحصن أرضه . ولا
يحل لمسلم أن يعتمد أرضا لمسلم أو ذمي بذلك ، ليغرق حرثه فيها
يريد بذلك الاضرار به ، فقد نهى الرسول - صلى الله عليه وسلم - عن
الضرار ، وقد قال : ملعون من ضار مسلما أو غيره ، وإن عرف أن صاحب
النهر يريد أن يفتح الماء في أرضه للاضرار بجيرانه ، والذهاب بخلائهم
وتبين ذلك ، فينبغي أن يمنع من الاضرار بهم (١) وهذا بين .
وفي المذهب المالكي جاء في تبصرة الحكام :

لو ادعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة ، وليس لهم من
قصد الا التشهير بهم ، وإيقافهم أمام القضاء إيلا ما وامتهانا ، لا تسمع
الدعوى ، ويؤدب المدعي (٢) .
وورد فيها أيضا : لو ادعى غصبا على رجل من أهل الخير ففسد
الصحيح من رأى مالك أن الدعوى لا تسمع ، ولا يحلف المدعي عليه لكلا
يبتطرق الارازل والاشرار الى أذية أهل الفضل والاستهانة بهم (٣) .
وهذا - كما ترى - تخصيص لقوله - صلى الله عليه وسلم -

-
- (١) الخراج - لأبي يوسف - ص ١٦١
(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١١٩ وما بعدها .
(٣) المرجع السابق .

* البينة على من ادعى واليمين على من انكر * بالمصلحة وهي
دفع الضرر أو التعسف وقضاء .

انتقاء المصلحة المشروعة قرينة على قصد الاضرار

غير أنه لعسر تبين هذه النية يستعان بالقرائن ، ومن ذلك أن لا يكون
له منفعة في استعمال حقه ، ومع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره ، فيمنع
لأن ذلك قرينة على تحض قصد الاضرار ، ويمنع من باب أولى ، اذا استعمل
حقه على وجه سلبي ، بأن يمنع غيره من الارتقاء بأرضه مثلا ، اذا ترتب على
هذا الارتقاء نفع لكليهما ، كما جاء في قضاء عمر (رض) (١) في قضية

محمد بن سلمة .

وفي الفقه الشافعي :

تقرر في الفقه الشافعي وغيره ، أن حبس المدين الماطل عن الاداء
شرع وسيلة لآكراهه على اظهار ما يخفي من ماله ، وفاقا لدينه شريطة أن يكون
قد غلب على الظن يساره ، فيحبس بناء على طلب الدائن ، حتى اذا ثبت
أعسار المدين ، فلا يجاب الدائن الى طلبه لأن استعماله لحقه في هذه
الحال لا يؤدي الى المقصود ، ويمكن أن يعتبر قرينة قاطعة على أنه يقصد
مجرد احداث الضرر بمدينه والوسائل لم تشرع لذلك ، لأن الاصل أن اعمال
المكلفين يجب أن يكون القصد فيها موافقا لقصد الله في التشريع ، أي أن

تستهدف

(١) راجع أدلة النظرية في فقه الصحابة ، تفصيل القول في هذه

القضية في كتابنا نظرية التعسف .

المصالح التي شرعت لاجلها ، وهو الأصل الذي بنيت عليه الشريعة
والا كانت المناقضة والتعسف .

ويقول العلامة العز بن عبد السلام الشافعي في هذا الصدد : " ان

ثبتت عليهم فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره " (١)

وجه في كشف القناع من تطبيقات هذا الأصل ، ان صاحب الحائط

الذي يستتر ملك جاره به ، لا يملك هدمه دون عذر قوي ، أو غرض -

صحيح ، فالحق في التصرف هنا مقيد با لا يعود على غيره بالضرر

واستعماله دون غرض مظنة قصد الاضرار ، فيمنع .

أما اذا كان له غرض صحيح ، فله ذلك ، لانتفاء قصد الاضرار ،

ولأنه اذا كان له مصلحة ظاهرة في هدمه ، فمنعه من تحصيلها مضرة

والضرر لا يزال بالضرر (٢) .

وجه فيه أيضا (٣) " وليس له - أي رب الحائط - منعه - أي

منع جاره من وضع خشبه ، واذا لم يكن ينافي السقف الا به دون الاضرار

بالحائط لما تقدم فان أبي رب الحائط تمكنه منه أجبره الحاكم عليه

لأنه حق عليه (٤) .

(١) القواعد ج ١ ص ١٠٢ - الطرق الحكيمية ص ٧٣ وما بعدها

معين الحكام ص ٢٣٣ .

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ .

(٣) المرجع السابق

(٤) كشف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ .

ثانيا : استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها :

قلنا في تعريف التعسف ، أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الاصل ، وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع لأن قصد ذى الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع ، ومعاندة قصد الشارع عينا باطلا ، فيكون باطلا بالضرورة كل ما أدى الى ذلك ، ولا خلاف بين العلماء في هذا ، لأنه تحيل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة وهدم لقواعدها ، وإنما الخلاف بينهم في أمر آخر ، هو الوسيلة التي يتوصل بها الى كشف ذلك القصد أو الباعث به يثبت ؟ المعيار الثاني الاختلال البين في توازن المصالح - أو انعدام التناسب .

وينطوي هذا المعيار على الضوابط الآتية :

أولا : الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين ، بحيث لا يكون ثمة تناسب بينهما اطلاقا .

ثانيا : الضرر الفاحش اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره .

ثالثا : الضرر العام اللاحق بالمجتمع أو بقطر من اقطاره ، أو بأهل

بلد من ذلك القطر ، أو بأهل حي من ذلك البلد ، أو جماعة عظيمة

منهم ، من جراء استعمال الحق الفردي .

وهذه الضوابط الثلاثة ، يجمعها معيار اختلال التوازن البين بين

المصالح المتعارضة . وقد ذكرنا ، أن هذا المعيار موضوعي مادي ،

ينظر الى ثرة الافعال ونتائجها في حد ذاتها ، وبينما أنه مشتق من

أصل مستقر في أصول الفقه الاسلامي ، وهو النظر في مآلات الافعال

الذى تفرع عنه مبدأ سد الذرائع ، والاستحسان ، والاستصلاح (١) ومراعاة الخلاف ، كما تأيد بالقواعد المحكمة (٢) .
المعيار الثاني الموضوعي للضرر الفاحش :

هذا المعيار قرره الفقه الاسلامي ، لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة ، لاسيما في العلاقات الجوارية ، ولا شك أن في تنظيمها وتنسيقها ، رعاية للصالح العام .
وقد رأينا المذهب المالكي والحنبلي ، ورأى فقهاء الحنفية المتأخرين الذى استقر في المذهب الحنفي (٣) ، أن حق المالك مقيد في التصرف بملكه قضا بما يمنع الاضرار الفاحشة عن جاره ، وهي المضار غير المألوفة .
أما الضرر المألوف ، فلا بد من تحمله والتسامح فيه ، اذ لو قيل بمنعه ، لأدى ذلك الى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة وذلك يخالف النصوص الواردة في ولاية التصرف في الملك ، كما أنه مخالفة للاجماع والمعقول ، لعدم استقامة امكانية استعمال حق الملكية باطلاق .

-
- (١) راجع الاصول الفقهية التي تؤيد نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٤٠٣ وما بعدها .
 - (٢) راجع القواعد الفقهية التي تثبت النظرية ص ٤٠٣ وما بعدها .
 - (٣) راجع علاقات الجوار ص ٨٠٣ وما بعدها وراجع اصول التكافل الاجتماعي وأثره في تقييد الحق الفردي ص ٢٢٤ وما بعدها وراجع آراء الأئمة في مدى استعمال حق الملكية بالاستناد الى حديث " لا ضرر ولا ضرار " .

والضرر الفاحش أعم من أن يكون ماديا ، كالدخان الكثيف ، والأصوات
المقلقة للراحة ، وتلويث مياه البئر بالنجاسات أو القاذورات ،
والروائح الكريهة الضارة بالصحة ، ومنع الشمس والهواء والنور ، وغير
ذلك من الأضرار المادية التي تعطل الانتفاع بالمنافع المقصودة
من العقار . أو تسبب وهنه أو انهدامه .
الأصل العام الذي ينتظم معايير التعسف :

الواقع أن هذه المعايير التي ذكرناها للتعسف ، من تحض قصد
الاضرار ، واستعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها
واختلال التوازن البين بين المصالح ، والضرر الفاحش ، وتعارض
المصلحة الخاصة مع العامة ، كل هذه المعايير في الواقع ينتظمها
أصل عام واحد يمكن أن يعتبر معيارا عاما للتعسف هو : استعمال
الحق في غير ما شرع له .
وبيان ذلك :

أن استعمال الحق لم يشرع وسيلة للاضرار بالغير ، أو لتحقيق
اغراض غير مشروعة ، وكذلك لم يشرع ليتخذ وسيلة الى تحقيق مصلحة
ضئيلة بالنسبة لما يلزم عنه من اضرار راجحة لأن ضابط المشروعات -
كما علم بالاستقراء - أن كل ما كان ضرره أكثر من نفعه لا يشرع ، وكذلك
لم يشرع الحق ليكون وسيلة لفرض أضرار فاحشة تلحق بالغير من الانفراد
أو للاضرار بالمجتمع ، وإذا لم تكن الحقوق وسائل مشروعة لهذه الاغراض
بدا واضحا ماني استعمالها على هذه الوجوه من مناقضة لقصد الشارع
في التشريع ، لأنها استعملت في غير المصالح التي شرعت من
أجلها .

نظرية الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي المقارن

اولا : تعريف النظرية العامة فقها :

لم نعر على تعريف للنظرية العامة فيما بين ايدينا من مصاد الفقه الاسلامي ، لسبب بسيط ، هو أن الفقهاء القدامى ، لم يعنوا ببحث النظريات العامة ، بل كانوا يتناولون كل واقعة على حدة بالبحث ، يشرعون لها من الأحكام ما يقتضيه العدل ، كما بينا ، استنباطا من النص أن ورد فيها ، أو دلالة بالاجتهاد بالرأى ، من قواعد التشريع او معقول النصوص ، آخذين في اعتبارهم ، ما يحتف بها من ظروف ملائمة ، في كل عصر .

غير أن باصدر عنهم من اجتهادات في الفروع ، وما استندوا اليه في ذلك من أدلة جزئية وأصول عامة ، يمكن ان يستخلص منها نظريات عامة ، تنفرد كل منها بمفهوم كلي ، ذي موضوع معين ، وأركان وشروط هي ملاكها ، وآثارها^{التي} تنبئ عليها .

ذلك لأن هذه الأحكام التفصيلية الفرعية العملية ، يتضمن كل منها ذلك المفهوم الكلي ، والا ما كان تطبيقا له ، إذ كل حكم فرعي يندرج تحت قاعدة عامة ، أو نظرية عامة يتضمن في حد ذاته ، المفهوم

الكلي لكل منهما .

وعلى هذا ، فإن البحث في فروع مثل هذه النظرية العامة ، أو غيرها من مثل " نظرية الحق " و " نظرية التعسف في استعمال الحق " و " نظرية العقد " يمكننا تعريف النظرية العامة على النحو التالي : النظرية العامة فقها هي : " مفهوم كلي قوامه أركان وشرائط وأحكام عامة يتصل بموضوع عام معين ، بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي ملزم ، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مطلق موضوعه " .
ومناطق كل نظرية مضمونها الموضوعي الذي ينهض به أركان معينة وشرائط لهذه الأركان ، أما ما يبنى على ذلك من أحكام تترتب على تحقيق هذا المناطق فهي آثارها .

تحليل التعريف وبيان محترزاته :

- ١ - النظرية العامة لاتتعلق بمسألة خاصة تفضيلية فرعية معينة بالذات لذا ، قلنا أنها " مفهوم كلي " يندرج تحته وقائع لانحصى كثرة ، ما يتصل بموضوعه ، ويتحقق فيه متاطفه .
- ٢ - وأيضا ، ليست النظرية " قاعدة عامة " لأن هذه الأخيرة ليست ذات أركان ، كما أنها ذات حكم واحد ، بخلاف النظرية فإنها تقوم على أركان ، وشرائط لا بد منها لقيام هذه الأركان كما أشرنا ، ولذا من الممكن ان تقوم النظرية العامة على عدة " قواعد كلية " أو معايير يؤكد هذا قولنا في تعريفها :
وأحكامه العامة ، ومعلوم أن القاعدة ليس لها الاحكام واحد كما اسلفنا .
نخلص : أن النظرية العامة تفتقر عن القاعدة

العامه ، من حيث أن النظرية قوامها أركان وشرائط لهـنـذه
الاركان يترتب عليها احكام ، هي حلول لجزئياتها ، وليست
كذلك القاعده الكلية ، التي تنطبق بمفهومها الكلي على معظم
جزئيات موضوعها .

٣ - لكل نظرية عامة موضوع معين ، فاذا تحققت في جزئية تتصل بهذا
الموضوع ، الاركان والشرائط فقد تحقق مناط هذا الموضوع فيها
وانسحب عليها ما يناسبها من الحكم المنصوص عليه فيها .
وانما قلنا " الحكم المناسب " لأن لكل حالة من الحالات التي
تتصل بموضوع النظرية حكما يعتبر حلا يقتضيه العدل فيها .
فقد يكون " الحكم فيما نحن بصدده البحث فيه ، نسخ العقد
بالنسبة لحالة معينة وقد يكون انقاص قيمة الالتزام ، او مقداره
بالنسبة لآخرى ، أو أرجاء تنفيذه . انظارا للمعسر ، أو توزيع
عبء الخسارة على طرفيه ، وهكذا ، فلكل حالة ما يقتضيه العدل
من الحكم ، درءا للضرر بقدر الامكان ، واعادة التوازن دون
نسخها ما أمكن .

٤ - أما كون التشريع الذي تضمنته هذه النظرية اذا تحققت اركانها
وشرائطها (مناطها) ملزما ، فلأن هذه النظرية انما تضافر
على اثباتها وتشبيدها ، أحكام شرعية تفصيلية لاتحصى كثرة ،
فارتقت أحكامها الى مستوى القطعية ، أو غلبة الظن على الأقل .
وكلتا هما توجب الإلزام ووجوب العمل .
ولأن غلبة الظن بالحكم الاجتهادي في فرع معين توجب العمل
فلأن يجب العمل بما تشهد له فروع شتى من باب اولي .

ونتح عن ذلك مايلي :

اولا : ان اهدار مضمون النظرية — واستخلاصه من أشق الاجتهادات
القهيية وأطرح تطبيق احكامها ، على جزئيات مضمونها ، بعد
تحقق هذا المضمون او المناط فيها ، انما هو في الواقع
اهدار لتلك الاحكام التفصيلية ، التي نهضت بها ، والثابتة
نصا او دلالة وهذا لايقول به عاقل ، فضلا عن مجتهد ، لأنه
مضادة لارادة المشرع الحقيقية ، واطراح للعمل بأصل معنى
عام ثابت قطعا او في الغالب من الظن .
والأصل المعنوي العام ، كالأصل اللفظي العام ، كما يقول
الامام الشاطبي ، من حيث قوة الاحتجاج به ، وصحة بنسب
الاحكام عليه (١) .

ثانيا : ان الشارع الحكيم ، ان شرع تلك الاحكام التفصيلية نصا ، أو
استنبط بعضها المجتهدون من معقول النصوص ، أو أدلة
الاحكام العامة ، ثم استخلصت منها النظرية العامة اجتهادا
فقد شهد لها بالاعتبار شواهد كثيرة ، أو بعبارة أخرى
تعدد اعتبار الشارع لمضمونها ، واحكامها بقدر ملاحظته —
لذلك المضمون في كل فرع او دليل عام ، لأننا قدمنا ، أن الفرع
من تطبيقاتها ، ينطوي على مضمون النظرية كمالا ، والا ما كان
تطبيقا لها ، ولا تعدد اعتبار الشارع لأساس كل حكم فيها .

(١) راجع كتابنا : " اصول التشريع الاسلامي "

ومن هنا كانت ارادة الشارع فيها واضحة وحقيقية ، مضمونا وحكما
ما يؤكد كونها مقصودا للشارع قطعا . هذا من حيث النظر العقلي
المحض .

أما من حيث التطبيق والعمل ، فان تحقيق مضمونها او مناطها فسي
الوقائع المعروضة ، ليعتنى عليها الحكم المناسب من احكامها ، تحقيقا
لمراد الشارع ، فقد أضحى واجبا شرعا .
على أن الحكم التطبيقي العملي لا يشترط فيه أن يكون قطعيا ، بل
تكفي فيه غلبة الظن لوجوب العمل كما قدمنا .
هذا فضلا عن الاصول العامة التي تستند النظرية اليها واستشهد بها
الفقهاء في معرض استدلالهم في القروغ .

ثانيا - مظان الأحكام التفصيلية التي اشتقت منها هذه النظرية
موضوعا وأركانها وشرائط لهذه الأركان ، وأحكاما (١) .

سبق أن اشرنا الى أن الفقهاء القدامى ، لم يعنوا ببحث النظريات
العامة ، لأنهم كانوا يوثرون أن يجتهدوا في تحرى حكم الله تعالى في
كل مسألة على حدة ، بما يقتضيه العدل فيها ، على أن يصوغوا مفاهيم
كبرى يعممون أحكامها على كل ما يتصل بموضوعها ، بل تراهم يعمنون
في تحليل الواقعة علميا وواقعا ، وما تحتف بها من ظروف يرون أن لها
دخلا في تشكيل علة الحكم ، برهان ذلك كثرة الاستثناء من الاقيسة

(١) المظان - بفتح الميم وتشديد النون - جمع مظنة - بفتح الميم
وكسر الظاء وتشديد النون - ومظنة الشيء موضعه ومألفه الذي
يحتمل وجوده فيه . مختار الصحاح ص ٤٠٦ .

العامة ، أو الرجوع عن الاستثناء الى القياس العام ولكن ليس من
معنى هذا ، ولا من مقتضاه ، أنه لا يمكن استخلاص نظريات عامة من -
اجتهاداتهم في الفروع ، سواء ما كان منها جاريا على سنن القياس او -
مستثنى منه ، لأن الاجتهاد العلمي من المؤهلين له ، في المسائل
الفوقية المتجددة ، أو التي تغيرت ظروفها الملبسة ، بما يقوم عليه
من الاستدلال والمنطق التشريعي ، هو بطبيعة قابل للتأصيل ، إذ
التفريع والتأصيل ، هما قوام الاجتهاد التشريعي كله (١) .
وباعتبار أن ما يطلق عليه الاصطلاح " الظروف الطارئة " في الفقه
الوضعي ، ولا سيما في معظم قوانين البلاد العربية التي تبنت هذه
النظرية من الفقه الاسلامي في هذا القرن قد وجدت فروعها وتطبيقاتها
منذ القدم في الفقه الاسلامي في المظان الآتية :

١ - أحكام فسخ عقد الاجارة بالعدر ، في المذهب الحنفي ، سواء

أكان العذر (وهو الظرف الطارىء على ابرام العقد) لاحقا بالموجر
أم بالمستأجر ، أم بالعين الموجرة .

ونظرية العذر هذه تفرد بها المذهب الحنفي دون سائر المذاهب الجماعية .
على أن بعض الحلول التي تتعلق بالظرف الطارىء في المذاهب الاخرى
وان كانت تنسق وما ذهب اليه المذهب الحنفي في موضوعها ، غير أنها
لم تبين على اساس نظرية

(١) غير أن التأصيل في الفقه الاسلامي ، ونسبنا نظريات عامة على اساس
من فروع اجتهاد شاق ومضن ، يفقر الى كثير من الصبر والأداة ،
بالنظر لتعدد اسلوب مصادره فضلا عن لفتقاره الى سعة الثقافة والتعمق
في علم الاصول باعتباره من أهم أدوات الاجتهاد .

- العذر (١) * بل على أساس آخر هو العيب في المعقود عليه الذي يثبت به للمشتري حق الخيار * فيكون من مظارها على كل حال *
- ٢ - احكام خيار العيب في المعقود عليه *
- ٣ - وضع الجوائح (٢) في الزروع والثمار في المذهبين المالكي - والحنفلي * واحكام الجوائح تدور بين فسخ العقد * وبمسح الحط من الثمن عن المشتري * بقدر التالف من

-
- (١) راجع بحث فسخ الاجارة بالعذر في المذهب الحنفي - المبسوط ج ١٦ ص ٢ وما يليها - للامام السرخسي - البدائع في ترتيب الشرائع : ج ٤ ص ١٩٧ وما يليها للامام الكاساني - تبين الحقائق ج ٥ ص ١٤٦ وما يليها للامام الزيلعي *
- البحر الرائق : ج ٨ ص ٣٥ وما يليها - تحفة الفقهاء :
- ج ٢ ص ١٧٤ للسمرقندي *
- تكملة فتح القدير : ج ٧ ص ٢٢٢ - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ص ٢٣٧ وما يليها علي حيدر *
- (٢) راجع احكام الجوائح في المذهب المالكي *
- ١ - الزرقاني : شرح موطأ مالك - ج ٣ ص ١٠٣
- ٢ - بداية المجتهد : ج ٢ ص ١٦٣ وما يليها ص ١٨٢ لابن رشد الحفيسد *
- ٣ - القوانين القهية : ص ٢٦٨ وما يليها - ابن جزى *
- ٤ - شرح الدسوقي على الدردير : ج ٤ ص ٢٧ وما يليها *
- في الفقه الحنفلي - المغني : ج ٤ ص ٢١٦ * كشاف القناع : ج ٣ ص ٢٣٠ وما يليها فتاوى ابن تيمية : ج ٣ ص ٢٦٣ *

الشر أو الزرع (١) تبعاً لما أحدثته الجائحة (٢) من أثر استئصاله أو انقاصه وفي هذه الحال يكون التلف كلاً أو بعضاً من ضمان البائع وحده .

- ٤ - أو توزيع عب الخسارة على طرفي العقد في حالة تقلب أسعار النقود (٣) وتغيير قيمها (٤) أي تعديل الثمن المسوى ، لانسوخ العقد ، وهو - ما يسميه ابن عابدين " الصلح على الأوسط " .
- ثالثاً - مضمون النظرية فقهاً :

من الخطأ الظن بأن ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة في قوانين البلاد العربية وبعض القوانين الأجنبية قطابق في مضمونها ومعاييرها وأحكامها ما استقر في الفقه الإسلامي المقارن ، من تطبيقات لها ، نشأة فروق واضحة في كل أولئك ، مما تأبى الدقة العلمية في البحث اغفالها ، فادعاه بعض

(١) الجائحة في المذهب الحنبلي " كل آفة لاصنع للأدمي فيها ،

أى السماوية - المغني ج ٤ ص ٢١٦ .

- وما في المذهب المالكي - فالجائحة هي الآفة السداوية التي

تصيب الشر كالبرد والعفن والدود والعطش وهذا بالاتفاق أما

ما يكون من صنع الآدميين كالسرقة ففيه خلاف ، فبعضهم رآه جائحة

وآخرون لم يروه كذلك ، على ماسياتي تفصيله .

- بداية المجتهد : ج ٢ ص ١٦٢ و ص ١٨٢ ابن رشد الزرقاني

ج ٣ ص ١٠٣ .

(٢) رسائل ابن عابدين : ج ٣ ص ٥٨ - مسألة تنبيه الرقود على مسائل النقود .

(٣) رسائل ابن عابدين : ج ٢ ص ٥٨ - مسألة تنبيه الرقود على مسائل النقود .

(٤) قيم : بكسر القاف وفتح الياء ، جمع قيمه .

الكاتبين المحدثين هذا التطابق فيه شيء كثير من التزديد .
الفقه الاسلامي ، ان في معايير أحكامه ، أو شروطه ، لا تتخلف اعتبارات
العدالة والانصاف من حيث تصورها نظرا أو تطبيقها عملا في كل فرع من
أفرعه ، فلا يصدر حكم عن الأئمة مستخلص من نص ، أو مستنبط اجتهادا
الاعلى أساس استدلال دقيق قوى محكم يربط الجزئي بالكلية ، والحكم
بمقصد تشريعه ، ولا يضع شرطا الا ليوكد ذلك المقصد نظرا وعملا ، إذ
الشروط ينهني الاتتافی وحكمة مشروعية الحكم ، فلا تجد بينها تناقضا
او تخالفا مما يوكد المنطق المتسق لهذا التشريع العظيم .
وعلى هذا ، فمضمون النظرية ، كما يستخلص تطبيقاتها في مظانها ،
ان ثمة " حادثا ، أو ظرنا ، أو عذرا ، خاصا (١) ، أو عاما ، قد
طرأ بعد ابرام العقد ، وقبل تنفيذه أو اثنائه ، سواء أكان لاحقا
بشخص أحد طرفي العقد (٢) أو بمحل العقد ، مما لم يكن متوقعا ،
ولا يمكن الدفع غالبا (٣) ، جعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضارا -
بالمدين ضررا زائدا أو فاحشا (٤) ، وغير مستحق بالعقد ، لأن -
منشأة ذلك الحادث لا ذات الالتزام ، فهو اذن خارج عن نطاق التعاقد ،
سواء أكان الضرر قوامه تفويت منفعة محل العقد كلاً أو بعضاً ، أم مسن

(١) القوانين العربية اشترطت في الطرف ابن يكون استثنائيا عاما ،
لاخا صا بالمدين .

(٢) لاتعترف القوانين بالطرف الشخصي بل الموضوعي الواقع على محل

العقد ، مما يقصر أثره على اقتصادياته .

(٣) بعض الظروف في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الاسلامي ، ممكن

التوقع والدفع ، خلافا للقوانين التي اشترطت الا يكون متوقعا ،

بل ليس في الوسع توقعه ، ولا دفعه .

(٤) صح بعض الفقهاء بمفهوم الزائد بأنه فاحش .

تعذر استيفاء منفعة العقود عليه ، حسا أو شرعا (١) حتى يصبح
مستحيلا لامرهقا فحسب (٢) في بعض الحالات ، أو كان ضررا شخصيا
يراجح يلزم من المضي في تنفيذ موجب العقد (تنفيذ الالتزام) نظرف
شخصي مما لا علاقة له بمحل العقد وسلامته ، وكامل منفعته (٣) .
الآثر أو الحكم الذي يترتب على مثل هذه الاعذار والحوادث في فقهاء
المذاهب الكبرى الاربعة ، أما نسخ عقد الاجارة ، كما في المذهب
الحنفي ، أو الحط من الثمن بقدر التألف من المبيع ، كما في الجائحة
أو الآفة التي اصابت الثمر أو الزرع أو الخضار ، وقد يسقط الثمن كله

(١) الحوادث الذي يمنع استيفاء المنفعة حسا ، كالفيزان ، أو الحرب

التي تنشر خوفا عاما يحول دون امكان زراعة الارض في الاولى ،

حسا ، أو الوصول الى العقار المؤجر في الثانية كذلك .

أما المانع الشرعي فمن مثل عارض الطمث (الحيض) بالنسبة للمرأة

المستأجرة لتنظيف المسجد ، إذا انتقت مدة الاجارة مع طوره هذا

العارض ، إذ يحرم عليها شرعا دخول المسجد في هذا الحال ،

فتنسخ الاجارة بهذا العذر ، فالمانع شرعي لاحسي ، كما ترى

اذ من الممكن أن تنظف المسجد عملا لولا هذا المانع الشرعي .

(٢) القوانين العربية تشترط الارهاق ، أما إذا بلغ حد الاستحالة

فيدخل في نظرية أخرى هي نظرية الظروف القاهرة .

(٣) لاتعترف القوانين العربية بالظرف الشخصي الطارئ الذي ينشأ

عنه ضرر أرجح من منفعة العقد بعد الموازنة . في النظرية العامة

الاستثناء في بعض التطبيقات في عقد الاجارة ، كما يرى في نص

المادة ٦٠٨ من القانون المدني المصري مثله ، وهذا الاستثناء

في الواقع — رجوع أحكامها في الشريعة الاسلامية .

إذا أتت الجائحة عليه وأستأصلته ، في المذهبين المالكي والحنبلي ، وتحميل البائع عبء الخسارة كلها ، أو تعديل قيمة الالتزام التعاقدى في الثمن وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في مسألة الوفاء بالنقود عند تقلب قيمتها وأسعارها ، وهذا مايسخيه ابن عابدين " الصلح على الأوسط " (١) أو أرجاء تنفيذ الالتزام على ضوء ما تقتضيه العدالة في كل حالة على حدة .
وذلك هو مضمون النظرية - باجمال وإيجاز - في الفقه الاسلامي المقارن .

والخلاصة : ان مضمون النظرية يعتمد على العناصر التالية من الاركان والشروط .

أولا : وجود عقد يتراخى تنفيذه عن وقت إبرامه ، سواء كان من العقود المستمرة التنفيذ ، حتى يعتبر الزمن عنصرا ملازما للاستيفاء من قبل احد المتعاقدين ، لا ينفصل عنه لأنه معياره ، كما في عقد الاجارة ، بالنسبة للمستأجر ، او يعتبر عنصرا في الاداء بالنسبة لمن عليه الحق ، بالنسبة للمؤجر .
أو كعقد بيع الثمر القائم على الشجر ، وبعد بدو صلاحه ، فانه يقطف بطونها متلاحقة على النضارة عادة ، فيستمر تنفيذ العقد ، ولا يتعاصر مع وقت إبرامه .

ومثل ذلك بيع الزروع والخضار التي يتلاحق قطفها .
أو كان عقد بيع فوري التنفيذ ، فيما عدا الزروع والثمار والخضار ، اذا كان الثمن كله مؤجلا للتنفيذ بالاتفاق ، الى أجل مسمى ، أم كان -

• منجما على اقساط •

وعلى هذا ، فلا بد من وجود عقد تراخي وقت تنفيذه عن وقت ابرامه ليتصور طرؤ العذر أو الحاد ث بعد الابرام وقبل التنفيذ أو اثناءه ، مما يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضارا ضررا زائدا نتيجة للظرف الطارىء •

ثانيا : أن يكون شمة حاد ث قد طرأ بعد ابرام العقد لم يكن متوقعا ولا كان بالوسع توقعه ، كما لا يمكن دفعه ، والتحرز منه وهذا في الأعم الاغلب في التطبيقات ، كما أسلفنا ، وسواء أكان هذا الحاد ث سماويا ، كالجوائح والفيضان والجراد والعفن ، والدود ، أم مسن الآدميين كال حرب والثورة •

- ١ - ويشترط ألا يكون حدوثه بسبب من أى من المتعاقدين والا كان مسئولا عن آثاره وحده ، ولا ينتفع بأحكام هذه النظرية •
 - ٢ - كما يشترط الا يكون منه تقصير في دفعه والتحرز منه ، والا كان مقصرا ، ويتحمل تبعه تقصيره ، ولا يستفيد من أحكام هذه النظرية •
 - ٣ - يستوى أن يكون الظرف عاما أم خاصا لاحقا بشخص أى ... -
- المتعاقد يسن

ثالثا : ان يحدث ضرر زائد أو فاحش غير معتاد نتيجة لهذا الظرف أو العذر الطارىء ، لانتيجة للالتزام نفسه ، وبلازم حدوثه لتنفيذ موجب العقد ، بحيث لا يمكن انفكاكه في الأعم الاغلب •

رابعا : ويستوى أن يكون الضرر ماديا اقتصاديا يخل بالتوازن بين الالتزامات الناشئة عن العقد ، أو أن يكون معنويا يس الاعتبار الانساني ، أو شرعيا يمنع الشارع نفسه من تنفيذ العقد لطرؤ هذا

• الحادث أو المانع الشرعي

وقد يصبح تنفيذه - بسبب الطارىء - مستحيلا ، لمانع حسي أو لمانع شرعي كما اسلفنا ، وأن كان هذا المعنى ، مما يطلق عليه الفقه الوضعي ، الظروف القاهرة لا الطارئة ، ويجعلون فيصل التفرقة بينهما ، ان تنفيذ موجب العقد أن أصبح مستحيلا فذلك من جزئيات الظروف القاهرة ، وان كان ممكنا ، ولكن بضرر فاحش ، فمن جزئيات ومضمون الظروف الطارئة .

خامسا ، أحكام هذه النظرية ، وحلولها ، وقد سيقم الاشارة إليها .

رابعاً : التكليف الفقهي للنظرية :

- يقصد بالتكليف الفقهي للنظرية وصفها الذي أضفاه عليها الفقهاء
في ضوء الآثار التي ترتبت عليها .
- وقد أشرنا الى أن النظرية ذات أحكام وآثار ، يطبق كل منها على الواقعة
المعرضة بظروفها ، بما يتفق ومقتضى العدل .
- وعلى هذا ، يختلف الحكم أو الحل باختلاف طبيعة الواقعة وظروفها
الملائمة على النحو التالي :
- آ - قد رأينا ، أن من حلولها ثبوت حق الفسخ ، للمتعاقد المضرور ،
بالاعذار في عقد الاجارة .
- ب - ومنها " الانساخ التلقائي بحكم الشرع " كما في حالة تمسذر
استيفاء المنفعة شرعا ، أي لمانع شرعي .
- هذا ، ولاستحالة التنفيذ شرعا ، ينسخ العقد تلقائيا ، دون
رضا المتعاقدين ، ودون حاجة الى رفع الأمر الى القضاء ليحكم
بالفسخ .
- ج - وقد يكون الحكم " تعديل قيمة الالتزام " كما في أحوال تغيير
قيم النقود ارتفاعا وهبوطا ، وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد
وهو ما سماه الفقهاء " الصلح على الاوسط " لاعادة التوازن بقدر
الامكان .
- د - أو يكون تحميل البائع وحده سبب الخسارة ، كالأوبعضا ، كما
في الجائحة في الثمار والزرور ، بقدر التالف وتعديل الثمن ،
ولكن على حساب البائع وحده ، كما أشرنا .

التكييف الفقهي للنظرية في ضوء حلولها هو أنها صورة من صور

تعديل التزام العقد ، أو نسخه ، أو انقضاؤه تلقائيا بحكم

الشرع .

تبين لنا مما سبق ، وفي ضوء الحلول التي وضعها الفقهاء ، ان النظرية تتخذ صورة من تعديل العقد ، أو نسخه بإرادة منفردة هي إرادة الطرف المضرور ، أو انقضاؤه (١) شرعا . هذا ، وحق نسخ العقد ثابت هنا لا على أساس أن العقد فاسد ، ولا على أساس خيار الشرط أو غيره من الخيارات ، بل على أساس الضرر الفاحش الناشئ عن السبب الطارئ (٢) وغير المستحق بالعقد . أما في قوانين البلاد العربية ، فقد اتخذت النظرية صورة واحدة فقط هي صورة " تعديل العقد ويتولى ذلك القضاة وحده " .

فلا تعرف القوانين العربية التي استتقت النظرية من الشريعة الإسلامية صورة " نسخ العقد " بل أبقته على العقد قائما ، علس الرغم من طرور الظروف وجعلت للقاضي سلطة " تعديل العقد " فقط . غير أن هذه القوانين اضطرت آخر الأمر - في تطبيقات عقد الاجارة ولظروف طارئة شخصية ، لاحقة بالمستأجر الى اللجوء الى اثبات حق الفسخ ، كما في المادة ٦٠٨ و ٦٠٩ من القانون المدني المصري ، وهذا حكم يقتبس من الفقه الإسلامي في بعض مذاهبه ، كالمذهب الحنفي ، ولكن على سبيل الاستثناء من عموم حكم النظرية .

هذا ، والشريعة الإسلامية ، لم تعتبر هذه النظرية صورة من

- (١) والواقع ان استحالة التنفيذ تدخل في نظرية الظروف القاهرة .
(٢) فهو اذن صورة من صور نسخ العقد - والفسخ حل ارتباطا بالعقد .

صور " البطلان " . بداهة ، لأن المفروض أن العقد صحيح قائم نافذ لازم ، ثم طرأ العذر .
ولا صورة من صور " انقضاء العقد الذي يتم بتنفيذه التزاماته المتبادلة " لأن المفروض أن الإلتزام المرهق لم ينفذ بعد ، إذ أصبح تنفيذه بعد طرؤه العذر ، سببا لاضرار فاحشة للمدين ، وهو غير مستحق بالعقد فكان ثبوت الفسخ للمتعاقد المضرور اذن ، ليدفع عن نفسه الضرر ، وليستع عن تحمل غير المستحق ان شاء .
وليس صورة من الفسخ بالتراضي (الاقالة) ، ولا بسبب الخيار الذي يتصل بعيوب الرضاء . وبالنظر في أحكام النظرية في الفقه الاسلامي يبدو أنه اكثر مرونة في أمدادها بالحلول الاخرى كالفسخ عن طريق الاستثناء ، لقائع لا تقتضي العدالة ابقاء العقد . كما في حالات الاعذار الشخصية في عقد الاجارة على النحو الذي قدمنا (١) .

- (١) تنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني المصري على مايلي : " اذا كان الايجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين ، أن يطلب انهاء العقد (نسخه) قبل انقضاء مدته ، اذا جرت (طرأت) ظروف خطيرة غير متوقعة ، من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد من مبدأ الأمر ، أو في أثناء سريانه ، مرهقا . . . " .
وطلب انهاء العقد - نسخه .
وكذلك المادة ٦٠٩ من القانون المذكور ، إذ تنص على أنه يجوز للموظف أو المستخدم ، اذا اقتضى عمله أن يغير محل اقامته ، أن يطلب ايجار مسكنه ، اذا كان هذا الايجار معين المدة . . .
وهذا استثناء من عموم حكم النظرية في القانون ، وهو تعديل العقد وفي ذلك رجوع الى حكم الفقه الحنفي .

مبدأ تدخل القاضي لتعديل التزامات العقد او فسخه
في الفقه الاسلامي .

والواقع أن الفقه الاسلامي - منذ القديم - وفي ضوء احكام
هذه النظرية لم يجعل العقد شريعة للمتعاقدين ، يقوم مقام القانون
في الزام كل من متعاقديه بكل آثاره وبنوده ، وفي جميع الظروف المتغيرة
بل وضع " مبدأ اعادة النظر في العقد " من جديد في ضوء اثار
الظروف التي طرأت عليه ، بما تقتضيه العدالة سواء أكانت اعادة النظر
من قبل المتعاقد المضرور ، وهو صاحب الحق الاول في هذه الحال ،
او من قبل القاضي ، وبذلك وضعت الشريعة " مبدأ تدخل القاضي "
في تعديل العقد في ضوء الظروف الجديدة الطارئة ، فلم تعد
وظيفته مقصورة على مجرد تفسير العقد في ضوء نية عاقديه ،
أو بعبارة أخرى يملك القاضي المجتهد ، وظيفتين حسب الاحوال :
١ - وظيفة تفسير العقد ، في ضوء نية عاقديه ، ليتم تطبيقه
تطبيقاً سليماً على مقتضى تلك النية المشتركة ، لطرفيه ، وهذه
هي وظيفته الاولى والاساسية .
٢ - وظيفة تعديل العقد ، أو تعديل قيمة الالتزام ، وأحياناً
فسخه ، حسب الأصـول تحقيقاً للعدالة ، وهذا تدخل
من القاضي ، وخرج على مبدأ اصل لزوم العقد من حيث
الظاهر .

تدخل المشرع للحكم بانفساخ العقد تلقائيا دون رضا أو قضاء

ويتدخل المشرع أحيانا بحكم مباشر ، في حالات معينة فيقضي بانفساخ العقد تلقائيا ، دون حاجة الى ارادة الطرف المضرور ، او النسي حكم القضاء كما أشرنا ، اذا كان الطرف المانع شرعيا . وهذا ، مما يضعف من مبدأ سلطان الارادة ، بلا ريب ، اذ مقتضيات العدل هي التي ينبغي أن تسود جزئيا في الفقه الاسلامي ، ولذا لا بد في كل عقد - كما يقول الامام ابن تيمية - من رض المتعاقدين وموافقة الشرع .

خامسا : الادلة التي نهضت بتأصيل النظرية في الفقه الاسلامي المقابون

أ - الأدلة الاجمالية :

ترجع الادلة الاجمالية التي تنهض بتأصيل هذه النظرية ، الى أصول تشريعية عامة (١) ، وقواعد فقهية .

(١) كل أصل عام نص عليه المشرع في الكتاب العزيز ، أو السنة المطهرة نطلق عليه " الاصل التشريعي العام " .
- واما القواعد الفقهية المستنبطة اجتهادا ، فنطلق عليها ، " القاعدة الفقهية " أو الاصل الفقهي العام ، وتتميز لها عن الاصل التشريعي العام .
وأما النص الجزئي الذي ورد بخصوص مسألة بعينها في الكتاب أو السنة فهو أصل تشريعي خاص ، ويمكن أن يكون أصلا يقاس عليهم غيره اذا استنبطت علته وحددت ، وتحققت في الفرع القيس وحينئذ يتحد الحكم في الاصل والفرع ، لاتحادهما في العلة التي هي مبني الحكم ، وبذلك يكتسب النص التشريعي الخاص ، قوة منطقية تشريعية بتعليقه ، لأنه يصبح شاملا لوقائع لا تحصى بمعقوله وروحه (علته)

١- أما الاصول التشريعية العامة فمن مثل : قوله تعالى :

" لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل "

ووجه الاستدلال ، أن ما أتت عليه الجائحة مثلا من الثمار او الزروع -
البيحة ، ينبغي أن يحط ويخفض من الثمن ، بقدر التالف ، حتى يتم
اعادة التوازن بين ما يعطي كل من العاقدين وما يأخذ ، والا اختل
هذا التوازن ، فأخذ أحدهما اضعاف ما أعطى ، أو العكس ، وهو ضرب
من أكل اموال الناس بالباطل ودون مقابل .

ذلك لان ما استفيد نتيجة للظروف ، لا يقوم على سبب ثابت في نظير
الشرع (١) ، وهذا هو الباطل الذي لا يقوم على سبب شرعي معتبر وكدلك
انما حال العذر الطارئ ، دون تمكن أحد طرفي العقد من استيفاء
المنفعة مع كونها قائمة ، أو اذا أدى الى فواتها ، فينبغي ان تحل
الرابطة العقدية ، اذا شاء الطرف المضرور ، لان بقاء العقد وتنفيذ
الالتزام ، على الرغم من آثار هذا العذر ، يؤدي حتما الى أن يستوفي
أحد المتعاقدين قيمة الالتزام كاملا ، وان يحرم الاخر أو ينقص من حقه
بفعل ذلك الطرف ، دون وجه حق ، ولا سيما اذا لم يكن له يد فسي
طروء هذا الطرف ، ولا قبل له بدفعه او الاحتراز .

ومحكومة بالتالي بحكمه ، بعد أن كان خاصا في منطوقه ، او بعبارة

أخرى يصبح عاما بمعقوله وان كان خاصا بمنطوقه .

(١) الباطل ضد الحق ، والحق هو الموجود الثابت من كل وجه فالباطل
مالم يكن ثابتا ، ولا موجودا في الشرع ، وما لا يقوم على سبب شرعي

معتبر .

منه ، ولم يثبت تقصيره أو تفريطه .

وقد جاء هذا المعنى فيما رواه البخارى بسنده عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — قوله : **بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟** " وبين الامام العيني — شارح صحيح البخارى — الحكم الذى أخرجه الرسول — صلى الله عليه وسلم — في صورة الاستفهام الاستنكارى هذا ، فيقول : **أى شيء يأخذ أحدكم مال أخيه اذا تلف الثمر ، لأنه اذا تلف الثمر لا يبقى للمشتري في مقابل ما دفع شيء ، فيكون أخذ البائع بالباطل .** وفي رواية في صحيح مسلم قوله — صلى الله عليه وسلم — : **بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ** بغير حق .

وفي رواية " **بِمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟** " .

ووجه الاستدلال بالاحاديث الشريفة ظاهر ، وهو أن البائع اذا تمسك بالعقد ، وطالب المشتري بالثمن ، فلا يحل له أخذه ، لأنه باطل وبغير حق ، ولا يحل .

وعلى هذا فالاصل التشريعى العام ، وهو قوله تعالى : **" لا تأكلوا أموالكم** بيتكم بالباطل " شامل بعمومه هذه الفروع التي جاءت السنة التفصيلية مؤكدة لحكم الأصل العام .

فالابقاء على العقد (١) وعدم نسخه ، أو عدم تعديل قيمته الالتزام التي أشر فيها العذر الطارىء ، بما يعيد التوازن ، وأصبح سببا مفضيا الى ظلم أحد طرفيه ، وانتفاع الآخر بما لا يحل ، أو بالباطل ، والشريعة لم تشرع العقود أساسا لتكون اسبابا مفضية^{الذ} للظلم الهداهة ، أو لابقاع

(١) عند القارىء شرح صحيح البخارى : ج ١ ص ٨ — صحيح مسلم بشرح النووي : ج ١٠ ص ٢١٦ وما يليها من الاوطار : ج ٥ ص ٢٠٠ للشوكاني .

الناس في الظلم من جراء تنفيذها في ظرف طراً فأثر على قيمته
الالتزام تأثيراً بيناً ، فكان أثره ضرراً بالتنفيذ ، ولا ينفك عنه .
وإذا كان الأصل العام هو " لزوم العقد " ووجوب الوفاء بالتزاماته
لكن ذلك مقيد بالأدلة الاجمالية الأخرى هذه ، التي تحرم الظلم
وأكل أموال الناس بالباطل ، وتمنع ايقاعهم في العنت والحرج .
ولا يجوز الاجتزاء بما صلا عام ، واطراح الأدلة الأخرى ، لأن التشريع
الاسلامي كل لا يتجزأ تصوراً وواقعاً ، أو نظراً وتطبيقاً .
فهذه الأدلة الاجمالية التي نشأت عن تغير الظروف أضحت دلائل
تكليفية أخرى تعارض أصل اللزوم في العقد ، فيجب العمل بالراجح
الذي يرفع التعارض الظاهري .

وهذا من باب تحقيق المناط الخاص (١) كما علمت .

ذلك ، لأن المناط العام ، هو قيام عقد مبرم صحيح نافذ لازم ، مقرر
في الظروف العادية التي لم يطرأ عليها تغيير يترك أثراً في توازن آثار
العقد ، والتزاماته ، حتى اذا تغيرت الظروف الملبسه ، نفاً عنها

(١) وهذا يشير اليه الرسول - صلى الله عليه وسلم - حين طلب
المشترى من البائع أن يقبله (بفسخ العقد) أو يرضع عنه
بقدر التالف ، وحلف البائع الا يفعل شيئاً من ذلك ، لأنه
أراد الأبقاء على العقد ، فأنكر الرسول - صلى الله
عليه وسلم - وقال : تألى - حلف - على الله ألا يفعل خيراً

المراجع السابقة .

دلائل تكليفية أخرى ، كما ذكرنا ، تتعلق بمآلاتها اذ لكل حالة بظروفها حكم خاص بها ، يحقق العدل والمصلحة المعتبره فيها .
ولأن هذه المآلات لم يتم التراضي عليها عند ابرام العقد .
وأيضاً التعميم — أى تعميم حكم المناط العام — انما يفترض التشابه في الظروف أما وقد اختلفت ، واختلفت بالتالي آثارها تبعاً لها ، فقد غدا من الظلم سحب الحكم العام عليها بعد ذلك ، بل لا بد لكل واقعة بظروفها من حكم خاص يناسبها عدلاً ، كما اسلفنا (١) نظراً للمآل .
وتطبيقاً لمقتضى هذا الاصل الذى أصلناه لك ، فان الآية الكريمة ،
" لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " أصل تكليفي عام ، أما أنه تكليفي فذلك لمكان النهي الذى يوجب التحريم ، وأما أنه عام فلأنه ، يشمل بضمونه وحكمه ، كل الوقائع وصور المعاملات التي يتحقق فيها أكل للأموال بالباطل ، أى دون اساس أو سبب شرعي ثابت معتبره ولو عن طريق تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، لمعموم النص .
اذن ، يتعلق هذا الأصل العام بنظريتنا هذه أساساً عاماً لحكمها ، في كل عقد نشأ عن الطرف الذى طرأ بعد ابرامه ، وقبل تنفيذه أو أثناءه ضرر مالي زائد غير مستحق بالعقد نفسه ، يلزم حدوثه تنفيذ الالتزام التعاقدى ، في ظل هذا الطرف بالنسبة لأحد متعاقديه ، ويستفيد المتعاقد الآخر حتماً من نتائج هذا الطرف ، دون وجه حق ، أو سبب شرعي معتبر .
فانتفاء السبب الشرعي لتحمل الضرر الزائد ، وما يلزم عنه من فائدة زائدة للطرف الآخر هو الباطل بعينه .

(١) راجع بحث المناط الخاص " كتابنا الفقه المقارن .

فهذا الدليل التكليفي العام الذي نشأ تعلقه (١) باختلال التوازن بين الالتزامات في مضمون العقد اقتصاديا ، أو اعدامها كلية ، حسب الاحوال ، ليحكمه بحكمه ، حماية للطرف المضرور ، قد عارض الحكم الأصلي لآثار العقد ، وهو اللزوم ، أو وجوب الوفاء بها ، أو المضي في موجب العقد ، أو بعبارة اخرى ، تعارض أصلا ، في مثل هذه الحال بالنسبة لآثار العقد .

أحدهما : أصل اللزوم وهو وجوب الوفاء بالتزامات العقد ، لقوله تعالى :
يا أيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود (٢) ، وهو أصل عام في عقود

(١) نشؤ تعلق هذا الدليل التكليفي العام ، باثر الظرف الطارئ عند طرؤه بعد إبرام العقد ، بسبب ما أحدثته الظرف من اختلال التوازن في مضمون العقد واقتصادياته .

غير أن الدليل لا يشمل الا الاضرار التي تتعلق بالنال فقط ، ولا يشمل الاضرار الجسمية والادبية التي تشملها النظرية بمضمونها وحكمها .

(٢) يقول الامام القرطبي في تفسير هذه الآية " أمر الله سبحانه بالوفاء بالعقود فقال الحسن (البصرى) يعني بذلك عقود الدين ، وهي ما عقده المرء على نفسه ، من بيع ، وشراء ، واجارة وزواج ، وطلاق ، ومزارعة ، ومصالحة ، وتمليك ، وتخيير . . .

قال ابن شهاب : قرأت كتاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الذي كتبه لعمر بن حزم ، حين بعثه الى نجران ، وفي صدره : هذا بيان للناس من الله ورسوله : يا أيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود وقال الزجاج : اوفوا بالعقود عليكم ، ومعقدكم بعضكم على بعض ، وهذا كله راجع الى القول بالعموم ، وهو الصحيح في هذا الباب .

- نيل الاوطار - ج ٥ ص ٢٠١ للشوكاني .

المعاوضات كالبيع والاجارة ، مناطه العام ، قيام عقد بهرم صحيح

نافذ ، فيكون لازما ، كما بينا .

ثانيهما : أصل تكليفي عام ، نشأ عند طروء الظرف ، وتعلق بأثر هذا الظرف ومقتضاه تحريم أكل أموال الناس بدون سبب شرعي معتبر — أى بدون وجه حسق . ذلك لأن الضرر الفاحش اللاحق بأحد المتعاقدين ، نتيجة للظرف الطارىء ، هو في الواقع — نفع زائد بالنسبة للطرف الآخر ،

يستفيده لزوماً لان المقعد والظرف الطارىء ليس سببا شرعياً يسوغ هذه الفائدة ، لأنه نفع بدون عوض ، كما أسلفنا ومن هنا كان باطلا .

يرشدك الى هذا ، أنه لولا الظرف الطارىء ، لما نشأ الضرر بالنسبة لأحد طرفي العقد ، ولما استفاد من ذلك الطرف الآخر ، محتما .

وانما قلنا ، أن الاصل التكليفي العام ، وهو قول مسبحانه : " لا تأكلوا

أموالكم بينكم بالباطل " انما تعلق بأثر الظرف ، لا بذاته ، اذ الاحكام تتعلق بالآثار والآلات ، وهي هنا الاضرار .

وأيضاً التعلق بالأثر والمآل انما كان عند طروء الظرف لا قبله .

ذلك ، لأنه طروء الظرف ، وقيل حدوث أثره على آثار العقد والتزاماته

كان واجبا العمل بحكم الأصل ، وهو اللزوم ، ووجوب الوفاء بالتزامات

المتبادلة على كل من طرفيه لتحقق مناطه العام في الاحوال العادية ،

وهو قيام العقد بهرم الصحيح النافذ ، كما أشرنا .

هذا ، ومن المعلوم ، أنه اذا تعاور الواقعة دليلان متعارضان في مواقع

الوجود وجب الترجيح ، كما يقول الامام الشاطبي ، اذ ليس لله

تعالى الاحكم واحد فقط في كل واقعة مهما اختلفت ظروفها ، يجسب

على المجتهد تحريه وتبينه عند التطبيق ، وبالترجيح يرتفع التعارض الظاهري .

وقد رأينا الفقهاء يرجحون دليل المآل على دليل حكم الأصل ،
فيحكمون بحكم المناط الخاص لا العام ، حماية للطرف الضعيف المضرور
فيحكمون أما بالفسخ ، اذا تعين طريقا لرفع الظلم ، أو بتعديل
قيمة الالتزام ، أو بإرجاء تنفيذه فترة معينة اذا كان من المتوقع ، زوال
الظرف في وقت معقول ، عملا بقاعدة الميسرة ، كل ذلك ، دفعا
للضرر ، ومنع لاحد طرفي العقد أن يأكل مال أخيه ، بالباطل
ويستفيد من تكبات الظروف ، اذ الظرف الطارئ والخارج عن نطاق
التعاقد ، ليس سببا شرعيا يثبت به حق امتلاك أموال الناس ، لأنه
دون عوض ، كما أشرنا .

وإذا فقد السبب الشرعي ، كان الامتلاك لمال الغير باطلا مشمولا

بمضمون الآية الكريمة .

هذا الدليل الاجمالي قاصر عن أن يكون أساسا لعموم مناط

النظرية وشمول احكامها .

أو بعبارة أخرى أن هذا الدليل الاجمالي قاصر عن عموم الدعوى ،
أي قاصر عن أن يكون أساسا لعموم مناط النظرية ، وشمول احكامها ،
ذلك لأنه لا يتناول الا " الضرر المالي " فقط ، أي لا يتعلق الا باقتصادات
العقد ، لكنك قد علمت ، أن مضمون النظرية يتسع ليشمل بعمومه وقائع
أخرى ، مما يكون فيها الضرر جسيما ، أو أدبيا معنويا ، وهذا لعلقة
له بالمال أصلا ، ولا سيما في عقد الاجارة ، والاعذار التي تطرأ
عليه ، مما يستوجب فسخه ، لضرر جسي أو أدبي ، فضلا عن المانع
الشرعي .

وعلى كل حال ، فان هذا لا يخل بصلاحيه هذا الدليل ، ليكون
مبنى وأساسا لكثير من احكام هذه النظرية ، اذ تتضافر على النهوض
بتأصيلها أدلة اخرى كثيرة اجمالية وتفصيلية ، على ما سيأتي بيانه .
٢ - ومن الأصول الشرعية الاجمالية قوله تعالى : ان الله يأمر
بالعدل ، والاحسان " ووجه الاستدلال ان العدل هو المساواة
والدقة في الاقتضا ، في المعاملات والاحسان تجاوز العدل الى الفضل
عملا بقوله سبحانه : " ولا تنسوا الفضل بينكم .
ويقول الامام العزبن عبد السلام : " ان اجمع آية في القرآن ، للحث
على المصالح كلها ، والزجر عن المفاصد بأسرها ، قوله تعالى : ان
الله يأمر بالعدل والاحسان (١) " والاحسان في المعاملات يخفف
من حدة المعادلة الدقيقة في الاقتضا ، أي اثرا لتطبيق القواعد
العامه ، فيكون الاستثناء الذي يكون اقرب الى روح التشريع في بعض
الظروف والازمات .

وفي هذا المعنى يقول الزمخشري في تفسيره : " ان العدل هو
الواجب والواجب أمر الشرع ، وقد يقضى بتكليف ما لا يطاق ، وفي ذلك
ظلم وجور ، ولا يتصور صدورها من الله ، فكان الأمر بالاحسان ،
للتخفيف من تفریط العدل (٢) أي المبالغة في تطبيقه .
ووجوب الوفاء بالمقد عدل ، والله تعالى أمر به ، ولكن جاء الأمر
بالاحسان ، اذا لزم عن ايفاء المقصد ضرر زائد ،
في ظرف طارىء "

(١) قواعد الاحكام ج ٢ ص ١٦١ .

(٢) تفسير الكشاف : ج ٢ ص ٢٤١ - للزمخشري .

وعلى هذا ، فالتشريع التفصيلي في قوله سبحانه : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود إذا أضحى تطبيقه في ظرف من الظروف ، مؤديا إلى ضرر راجح غير مستحق ، بالنسبة لواقعة معينة ، يقف حكمه ، نفيا للضرر اللازم له ، لالذاته ، وتستثنى الواقعة ، ويثبت لها حكم آخر ، يدفع الضرر .

وكذلك مضارة الدائن بمدينه بما نشأ له عن العقد من حق ، غير مشروعه ، بمقتضى عموم قوله - صلى الله عليه وسلم - لا ضرر ولا ضرار .

لأن هذا ضرب من المضارة في التصرف في الحق ، وهو محرم .
ثانيا : القواعد الفقهيّة العامة التي تنهض بتأصيل النظرية :

أولا : الضرر يزال (١) وهي قاعدة متفرعة عن قوله - صلى الله عليه

وسلم - " لا ضرر ولا ضرار " .

والمعنى أن الضرر غير المستحق ، تجب ازالته شرعا ، اذا وقع ، وأيضا كان منشؤه لأنه ظلم .

ولا ريب أنه اذا كانت ازالته واجبة شرعا ، اذا وقع ، فان دفعه قبل وقوعه واجب من باب أولى ، اذ من المقررات الشرعية ان " الضرر يدفع بقدر الامكان "

(١) المادة ٢٠ - مجلة الأحكام العدليّة .

ثانياً - الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت أم خاصة (١) .

وإذا كانت مواقع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع ، دفعا لها ،
فالحاجة كذلك ، تيسيرا على الناس ، ورفعا للعسر والضيق غير المألوف
عنهم .

- والمدين بالالتزام المرهق ، نتيجة لعذر طارئ ، واقع نفسي
الحاجة التي تقرب من الضرورة ، فيجسب رفع الضيق عنه ، ولو استثناه
من قواعد الشرع .

الى غير ذلك من قواعد وجوب ازالة الضرر .

(١) وجاء في تعليل القاعدة " الضرر يزال " في شرح المجلة
لعلي حيدر : ج ١ ص ٣٣ مايلي : " ولأن الضرر هو ظلم وعذر
والواجب عدم ايقاعه .

ثم يبين ان الضرر قد يكون منشؤه قصد المضارة في التصرف في
الحق بقوله : كذا لو أحدث شخص بنا في ملكه (حقه) وتسبب
عن ذلك حصول الظلام في غرفة جاره بصورة لا تستطاع معها القراءة
والكتابة ، وما أن ذلك ضرر فاحش يزال .

فالعلة هي الضرر الفاحش ولو كان منشؤه استعمال حق - كما ترى
فما نحن فيه كذلك ، لأن الزام الدائن المدين بتنفيذ التزامه لمصلحة
الدائن ، ذلك التنفيذ الذي تسبب عنه ضرر فاحش اثرا للظرف
هو مضارة في استعمال الحق وما أنضرر فاحش غير مستحق وجب
أن يزال .

ثالثا : درء المفسد أولى من جلب المصالح :

أصل هذه القاعدة : قول النبي - صلى الله عليه وسلم - " إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء ، فاجتنبوه " .
وجه الاستدلال ، أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - علق امتثال الأمر بالاستطاعة ، بينما سد باب النهي كله ، فلم يجزه أبدا الا عند الضرورة .

وأیضا ، فان الأمر يفيد طلب الفعل ولو مرة ، والنهي يفيد طلب الكف عن الفعل أبدا .

وأیضا الواجبات تؤثر فيها المشقة للترخيص ، ولو كانت من باب الحرج بخلاف المحرمات ، فانه لا يؤثر فيها الا الضرورة التي يخشى منها علسي النفس أو الدين ، وسائر الضرورات الخمس .

ويقول الفقهاء ، محل هذه القاعدة اذا كانت المفسدة راجحة ، وكان في غير ضرورة .

فاذا تعارضت مفسدة ومصلحة ، قدم المفسدة الراجحة ، لما قدمنا ، من أن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات ، للحديث الشريف المتقدم .

وبينا أننا ، أنه تعارض في مسألتنا هذه أصلان ، مصلحة الأصل التي يقتضيها وجوب ایفاء العقد ، والمفسدة او الضرر الناتج عن الظروف الطارىء ، وهو بين ، (٢) ، وغير مستحق ، فيقدم دفع الضرر الراجح

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي : ص ٧٩ .

(٢) البين الفاحش .

- غير المستحق ، بالفسخ أو بالتعديل حسب الأحوال (١) .
 - لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات .
 - ومن ذلك قاعدة " الضرر الأمد يزال بالأخف " .
 - إذن يراعى في تطبيق القواعد الآمرة في الشرع ، ألا يلزم عن ذلك ضرر راجح غير مستحق ، بفعل الظروف ، لأنه ظلم ، والظلم محرم قطعاً ، وهذا شرط ضمني تتوقف عليه سلامة التطبيق والنتائج عدلاً .
 - ولعل هذا هو مودى قول الامام ابن تيمية : " لا بد في العقد من رضا المتعاقدين ، وموافقة الشرع ، أى انشاءً وتطبيقاً ، ونتائج .
 - لأن التشريع الاسلامي كل متسق ، لا تتناقض جزئياته مع كلياته ، لانسي التصور ، ولا في الوقوع .
 - يؤيد ذلك قول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا ، فهو رد " .
- الادلة التفصيلية الخاصة بالنظرية التي نهضت بتأصيلها :

اولا : من السننسة :

أ — ماروى عن جابر بن عبد الله — رضي الله عنه — قال : قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : " لو بعث من أخيك

- (١) راجع كتابنا : " الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق " ص ٤٦٤ وما يليها — طبع — جامعة دمشق — ١٣٨٦ هـ — ١٩٦٧ م .
- وراجع أيضا من ص ٤٥٣ وما بعدها — المرجع السابق .

ثمرا ، فأصابته جائحة (١) ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا
بم تأخذ مال أخيك بغير حق (٢) ٠

ب- مارواه مسلم : أن النبي - صلى الله عليه وسلم - " أمر بوضع
الجوائح " (٣) ٠

ج- أخرج البخاري بسنده عن عمرة بنت عبد الرحمن ، قالت : " سمعت

عائشة رضي الله عنها ، تقول : " سمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم -
الله عليه وسلم - صوت خصوم بالهياب عالية أصواتهم ، وإذا -
أحدهم يستضع الآخر (٤) ، ويسترققه (٥) في شيء ، وهو
يقول : والله لأفعل ، فخرج عليهما رسول الله - صلى الله عليه وسلم -
عليه وسلم - فقال : أين المتألي (٦) لا يفعل المعروف ؟

-
- (١) الجائحة هي الآفة السداوية التي تصيب الثمار فتهلكها ٠٠٠
ولا خلاف أن البرد والقحط والمطش جائحة ، وكذلك كل ما هو
آفة سماوية ، وأما ما كان من الأدميين كالمرقة ففيه خلاف : منهم
من لم يره جائحة ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - في الحديث عن
أنس : " إذا منع الله الثمرة " ومنهم من قال انه جائحة تشبيها
بالآفة السماوية ٠ - نيل الأوطار : ج ٥ ص ٢٠ للشوكاني -
طبع بابي الحلبي - الطبعة الأخيرة ٠
 - (٢) صحيح مسلم بشرح النووي : ج ١٠ ص ٢١٦ - الطبعة الأولى -
تصوير دار احياء التراث العربي ٠
 - (٣) المرجع السابق : ووضع الجوائح معناه انقاص الثمن بقدر التالف
من الثمر حتى اذا اتلف الثمر كله سقط الثمن كله ٠
 - (٤) يطلب اليه ان يضع الثمن ، أن ينقص منه ٠
 - (٥) يسترققه يطلب اليه الرفق بحاله (٦) المتألي : أي الخالف بالله ٠

تقال : أنا يارسول الله ، وله أى ذلك أحب * .

د - مارواه مالك في الموطأ ، عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن ، أنه سمعها تقول : ابتاع - رجل ثمر حائط (١) في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان ، فسأل رب الحائط أن يضع له ، أو أن يقيه فحلف أن لا يفعل ، فذهبت أم المشتري الى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فذكرت ذلك له ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تألى " أن لا يفعل خيرا فسمع رب الحائط فقال : يارسول الله ، هو له " وأى له ما طلب من التخفيض .

ووجه الاستدلال بأحاديث الباب كما يلي :

أولا : ماروى عنه صلى الله عليه وسلم - أنه " أمر بوضع الجوائح " والأمر يقتضي الوجوب ، ولا يصرف الى الاستحباب والندب ، كما ورد في روايات أخرى ، من أن عدم وضعها ، لا يحل ، وهو أكل لاموال الناس بالباطل ، وبدون وجه (٢) .

ثانيا : قوله - صلى الله عليه وسلم - أين المتألى على الله ألا يفعل المعروف " استفهام يفيد الانكار ، وهو يفيد المنع والتحريم . وأيضا ، سعى الشارع وضع الجوائح ، أو الاقالة من العقد على الثمار التي أصيبت بها ، " معروف مأوره " يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر " فكان واجبا اما التخفيض او النقصان بقدر التالف ، أو الاقالة والفسخ .

(١) الحائط - البستان . (٢) المعيني على البخاري : ج ١ ص ٨ - ونيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠٠ للشوكاني يقيه - يفسخ العقد بتراضيهما

ثالثا : فهم الصحابي انكار النبي - صلى الله عليه وسلم - لتعتد على أنه يفيد التحريم ، ولذا أجاب النبي - صلى الله عليه وسلم - الى ما رغب فقال : " هو له " يارسول الله - أى له الخط من الثمن أو الفسخ ، وفي رواية : " وله أى ذلك أحب " (١) .

وهذه الأحاديث تنهض بجمعها لتفيد وجوب الخط من الثمن ، أو - الفسخ ، وهو الراجح ، وهذه الأحاديث مرفوعة على الصحيح (٢) . ولا بد من التعرض لخلاف الفقهاء ، فيما اذا بيع الثمر بعد بدو صلاحه وسلمه البائع للمشتري بالتخلية ، ثم تلفت بالجائحة قبل أوان الجذاذ . قال الشافعي وأبو حنيفة وغيره من الكوفيين ، والليث بن سعد لا يرجع المشتري على البائع بشي ، وحملوا الأحاديث التي وردت - بوضع الجوائح ، على ما اذا لم يبيع الثمر قبل بدو الصلاح ، بغير شرط القطع .

واستدل الطحاوي على هذا الاتجاه بحديث أبي سعيد " أصيب رجل في ثمار ابتاعها ، فكثر دينه ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - تصدقوا عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال : خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك (٣) .

ووجه استدلال الطحاوي بالحديث ، أن دين الغرما لم يبطل بذهاب الثمار بالعاهات ، ولم يأخذ النبي - صلى الله عليه وسلم -

(١) المراجع السابقة .

(٢) نيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠٠ وما يليها للشوكاني .

(٣) أخرجه مسلم - وأصحاب السنن : نيل الاوطار - ج ٥ ص ٢٠٠

الثلث من ياعها منه ، فدل على أن وضع الجوائح ليس على عمومه " ويجاب عن ذلك بأن ليس في هذا الحديث حجة على عدم وضع الجوائح إذ لا صلة له بموضوع النزاع ، ولم يصح في الحديث بأن ذهاب ثمره ذلك الرجل كان بعاهة سماوية .

وأما ما ذهب إليه الامامان أبو حنيفة والشافعي في الجديد ، من حمل الأحاديث التي تفيد وجوب وضع الجوائح على ما اذا بيعت قبل بدو الصلاح ، فيجاب عنه بما أجاب به الامام الشوكاني ، من أن : " التنصيص على الوضع (١) مع البيع قبل الصلاح ، لا ينافي الوضع مع البيع بعده (٢) ولا يصلح مثله ، لتخصيص ما دل على وضع الجوائح ، ولا لتقيده . "

وفاد كلام الامام الشوكاني ، ان ماورد من النص على وضع الجوائح مع البيع قبل بدو الصلاح ، ان هذا الظرف " قبل بدو الصلاح " لا يصلح قيدياً قيدياً تفيد به أحاديث الباب ، ان لاتنافي بين وجوب الوضع قبله أو بعده لأن هذا القيد غير معتبر في تشريع الحكم ، لسبب بسيط ، هو أنه يتنافى مع حكمة التشريع ، وهو دفع الضرر والظلم ، وذلك لا يختلف بكون العاهة قبل أو بعدا ، فالمرجع نص على القبلية لا للتقييد بل للرجوع ، وعلى هذا فلا مفهوم له ، لأن مفهوم المخالفة انما يعمل به اذا لزم يثبت من المشرع ارادة الموافقة في الحالين ، حالة ثبوت القيد وانتفاؤه تحقيقاً للمصلحة والعدل .

ومناً الخلاف ، هل التخلية قبض كامل ، فيكون الهلاك من ضمان المشتري لأن المبيع هلك بعد التسليم الكامل .

(١) وضع الجوائح او الحط من الثمن بقدر التالف من الثمر .

(٢) نيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠١ للشوكاني .

أو التخلية ليست قبضا كاملا ، فيكون هلاك المبيع قبل التسليم من

ضمان البائع .

وهذا اختلاف في تحقيق مناط التسليم الكامل في الوقائع المعروضة .
والراجح ما قلنا من وجوب وضع الجوائح ، وهو ما أكده الامام القرطبي
بقوله : " وفي الأحاديث دليل واضح على وجوب اسقاط ما أجتنب
من الشرة ، عن المشتري " (١) .

سادسا : من أهم الاصول الفقهية الاجتهادية للنظرية ، ما اعتمده

الحنفية من أصل النظر في المآل ، اساسا لأحكام فسخ الاجارة بالعدر

وتطبيقا لها :

ما يتضمن مفهوم هذه النظرية ومناطقها ما أتى به الحنفية من

أحكام اجتهادية تتعلق بفسخ عقد الاجارة بالعدر أو الظرف الطارىء
سواء كان متعلقا بالاستأجر أو المؤجر ، أو العين المؤجرة ، حيث
اعتمدا فيما صدروا عنه من اجتهادات في هذا الصدد - أصل النظر
في المآل ، على ما صرح به أئمة مذهبهم ، في أوثق وأقدم مصادره
ما نتناوله بالبحث والتحليل ، والمقارنة بما ورد في المذاهب الاخرى
من نظيره ، أو متعلقا بموضوعه ، واستجلاء الفلسفة التشريعية التي
تنهض عليها تلك الأحكام .

(١) نيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠١ للشوكانسي .

أصل النظر في مآل الظرف أو العذر الطارىء هو العلة في سلب

صفة اللزوم في الحال عن عقد الاجارة واثبات حق الفسخ للمضروفي

اجتهاد أئمة الحنفية ، اذا تعين طريقا لدفع الضرر غير المستحق .

ان وجوب أصل النظر في مآل العذر الطارىء ، وهو " الضرر " الواقع أو المتوقع ، كان ملحظا قويا لأئمة المذهب الحنفي بوجه خاص ، فيما يتعلق باثبات حق الفسخ بالعذر في عقد الاجارة ، ذلك لأن " العذر الطارىء " يؤدى الى الضرر " مآلا فيما لومضى المديسين الذى كان العذر في جانبه ، على موجب (١) العقد ، ونفذ ما التزم به في ظل هذا العذر ، وهو ما صرح به الامام السرخسي وغيره (٢) من أئمة الحنفية ، بقوله ، " وعندنا جواز هذا العقد أى عقد الاجارة — للحاجة ، ولزومه (٢) لتوفير المنفعة على المتعاقدين ، فاذا آل الأمر الى الضرر ، أخذنا فيما لقياس ، وقلنا : العقد — أى عقد الاجارة في حكم المضاف في حق السمعود عليه (٣) والاضافة في عقود التمليكات

(١) المبسوط : ج ١٦ ص ٢ وما يليها — تبيين الحقائق : ج ٥ ص ١٤٦

للزيلعي بدائع الصنائع : ج ٤ ص ١٩٧ وما يليها ، للكاماني .
— الموجب بفتح الجيم — الآثار او الالتزامات التي تترتب على العقد والمضي على موجب العقد يعني تنفيذ الالتزام .

(٢) حاجة الناس الى عقد الاجارة اقتضت أمرين : اجازة هذا العقد استحسانا واستثناء من القياس العام ، وهو عدم الجواز ، لانعدام محل العقد وهو المنافع ، عند إبرامه ، ثم جعله لازما ، لا يسع أحد طرفيه الاستبداد بنفسه دون رض الطرف الآخر ، حتى يتم تمكين طرفيه من الانتفاع بشرايته ، ودفع الحاجة العامة الماسة عن طريقه .

تمنع اللزوم في الحال ، كالوصية (١) .
فأنت ترى ، أن أئمة الحنفية قد اضطروا تحت تأثير أصل وجوب اعتبار
" المال " الى تكييف عقد الاجارة ، حالة طرؤ العذر ، بأنه في حكم
العقد المضاف بالنسبة للمعقود عليه ، وهو المنافع تكييفاً مردّه الى أن
" المنافع " - وهي محل العقد - ليست بطبيعتها موجودة عند إبرام
العقد ، بل ستوجد مستقبلاً عند استيفائها - إذ هي في اجتهادهم
- اعراض تحدث شيئاً فشيئاً عند الاستيفاء ، فكان عقد الاجارة عقداً
مضافاً حكمه وأثره الى المستقبل ، بالنسبة للمنافع ، لا أنه عقد مضاف -
حقيقية ، فأشبه الوصية من الوجه ، فكان الاصل فيه عدم اللزوم ، ولكنه
اعتبر لازماً للحاجة استحساناً والاصل ، أن الاضافة في عقود التمليك التي
تقبل بطبيعتها الاضافة كعقد الاجارة والمساقاة والمزارعة ، تمنع صفة
اللزوم في الحال ، بسبب الاضافة هذه ، فيثبت فيها حق الفسخ كالوصية
حال حياة الموصي ففعل للضرر ، ولكنها مستثناة من هذا الاصل العام
واعتبرت لازمة ، للحاجة ، كما أشرنا .

وهذا الاساس الفقهي عند الحنفية الخاص بمسألة اثبات حق فسخ الاجارة
بالعذر ، ألجأ الحنفية الى اعتماد مستندا خاصاً لهذا الحق ، وجوب
العمل بمقتضى أصل النظر في المال ، واعتباره في تطبيقات الفروع .

(٢) أي بمثابة العقد المضاف اثره الى المستقبل بالنسبة للمعقود عليه
لا أنه عقد مضاف حقيقة ، ومعلوم أن من عقود التمليك وهو ما ينعقد علة

لحكمه بجسئل الله تعالى ويصح مع الإضافة كعقد الاجارة .

(١) المراجع السابقة .

أساس فقهي آخر يسوغ به الحنفية حق فسخ الاجارة بالعدر هو قياس

العدر الطارئ على العيب في المعقود عليه قبل القبض :

وشمة أساس فقهي آخر (١) يستند اليه ثبوت حق الفسخ بالعدر ، في اجتهاد الحنفية ، ذلك هو قياس العذر الطارئ على العيب في المعقود عليه قبل القبض ، بجامع أن كلا منهما يوجب ضررا زائدا لم يستحق بالعقد اذا مضى المدين الذي قام العذر في جانبه على موجب العقد ، أي قام بتنفيذ التزامه ، وهذا هو المناط العام ، أو الضابط الفقهي للعذر في اجتهاد الحنفية ، يروونه متحققا في العيب في المعقود عليه (٢) .

(١) أما الأساس الاول فهو أن عقد الاجارة في حكم العقد المضاف كعقد

الوصية وهو عقد تملك مضاف الى ما بعد الموت ، لكنه غير لازم في حياة الموصي ، وإنما يلزم في حقه بعد وفاته بصرا عليها ، بشرط قبول الموصى له صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي ، اذ لا عبرة بقبوله في حياة الموصي ، لما قد نمانم أنه عقد غير لازم مادام حيا ، وللموصي له أن يقبلها او يرد لها بعد وفاة الموصي ، لانها غير لازمة في حقه ايضا اذ لا يدخل شيء في ملك شخص دون ارادته الا من قبل الشارع كالارث ، دفعا لضرر تحمل المنة ، هذا والوصية لا تكون الا مضافة ولا تقبل التنجيز . - المراجع السابقة .

(٢) غير أنه يؤخذ على الحنفية ، أن العذر أوسع شمولا من العيب - اللحق بالمعقود عليه لأنهم يعتبرون الاعذار الشخصية التي لا علاقة لها بالمعقود عليه ، فيثبتون حق الفسخ بقتضاها ، ولو كان المعقود عليه قائما سليما . الا ان يقال : ان العلة الجامعة هي : مطلق الضرر الزائد الذي لم يستحق بالعقد ، أيا كان منشؤه من العذر

والعيب قبل القبض ، ويجب حق الفسخ للمضروب ، فكذلك العذر .
وبيان ذلك ، أن العيب يوجب نقضا في المعقود عليه ، مما يترتب عليه
تفاوت الثمن أو الاجرة ، بين حالتي المعقود عليه سليما أو معيба ، وهو
ضرر لم يستحق بالعقد لان الاصل " سلامة المعقود عليه " من العيبوب
بل هي ضمني في كل عقد معاوضة ، كما علمت . تحقيقا للرضا الكامل -
بتحقيق التوازن ما أمكن . فكان ثبوت حق الفسخ شرعا ، دفعا لهذا
الضرر الزائد غير المستحق بالعقد ، واستعمال المدين لحقه في الفسخ
يكون كما يقول أئمة الحنفية - امتناعا عن تحمل هذا الضرر .
الضرر في حد ذاته الذي آل اليه العذر ، أثرا له ، هو اساس الحكم

بثبوت حق الفسخ الا العيب في ذاته :

هذا ، ويؤكد أئمة الحنفية ، أن الضرر الزائد عن المستحق بالعقد
الذي آل اليه العذر ، أثرا له هو علة الحكم بثبوت حق الفسخ أو مستندا
وليس مجرد العيب ، حيث قالوا : " ثم الفسخ بسبب العيب ، لدفع الضرر
لا لعين العيب ، فاذا تحقق الضرر في ايقاع العقد يكون " عذرا " في
الفسخ ، وان لم يتحقق العيب في المعقود عليه " .
وهذا تأكيد لوحدة العلة بين العذر والعيب ، في المعقود عليه ، وهو
الضرر الزائد (١) أو ان شئت فقل وحدة " المأل " بينهما ، كما صرح

الشخصي بالمؤجر أو المستأجر ، أو بالمعقود عليه ، وهذا النظر لم
يوافقهم له للاحق عليه سائر النذاهب الاخرى ، كما سنرى على أن الاعذار
الشخصية التي توجب حق الفسخ ليست مطلقة بل هي اعذار شخصية
مخصوصة كما سيأتي بيانها .

(١) المبسوط : ج ١٦ ص ٢ وما يليها .

بذلك الامام السرخسي .

أو بعبارة أدق أن مستند ذلك هو أدلة عدم مشروعية الضرر ، أو وجوب ازالته أن وقع أو دفعه قبل القسوع ، تلك الأدلة التي نشأت عن مآل الظروف المستجدة ، وعارضت حكم الأصل ، أو القياس العام ، وهو وجوب الوفاء بالعقد ، أو عارضت أصل اللزوم الثابت بقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " وقوله سبحانه : وأوفوا بعهدي الله إذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها .

الواقع ان الحنفية لم يخرموا قاعدة وجوب الوفاء بالعقد ، ولا القياس العام في عقد المعاوضة ، وهو اللزوم ، وبإثبات حق فسخ عقد الاجارة بالعدر بل اثبتوه على أساس القياس .

وعند التحقيق يبدو لنا أن الحنفية إذ قالوا أن العذر اذا طرأ وعجزا المدين عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، لم يخرموا القاعدة العامة من وجوب الوفاء بالعقد ، والقياس العام من كونه لازما ذلك ، لأنهم أوجبوا على المتعاقد أن يتحمل الأضرار الناشئة عن موجب العقد نفسه ، باعتبار أنه تم التعاقد أو التراضي على ذلك ، أما الضرر الزائد الذي لم يكن منشوءه موجب العقد ذاته ، كان مآلا ونتيجة للعذر الطارئ الخارج عن نطاق العقد ، لذلك امر لم يلتزم بالعقد أصلا ، بل لم يتم التراضي على أساس تحمله ، ولذا ^١ ! أن أثر العذر ضرر زائد لم يستحق بالعقد .
رما يؤكد هذا ، وانه خارج عن نطاق التعاقد ، أنهم لم يقصروا أثر العذر على الضرر الاقتصادي ، بل جعلوه شاملا للضرر البدني ، وللضرر

الذي يمس الاعتبار الانساني ، فضلا عن الاعذار الشرعية الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام محرما شرعا (١) .
واذا ثبت ان الضرر كان مآلا لظرف طارئ على ابرام العقد ، فلا يكون المدين اذن ملزما به أصلا ، حتى يقال ان عدم الزامه بالوفاء استثناء من الأصل العام ، وهو وجوب الوفاء بالعقود .
وهذا يفهم صراحة من أمرين :

أولا : من تحد يد هم لضابط العذر ، من أنه : العجز عن المضي على موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، ناهي عن الظرف الطارئ ، ويفترض أنه ملازم لتنفيذ الالتزام لا ينفك عنه .
فيتعين الفسخ طريقا لدفع الضرر ، اذ لو أمكن تنفيذ الالتزام دون هذه النتيجة الحتمية من الضرر ، لما ثبت حق الفسخ ،
لامكان انفكاك هذا الضرر الزائد عن تنفيذ الالتزام ، وذلك بدفع العذر أو التحرز منه - (٢) .

ثانيا : تعليل الامام السرخسي لثبوت حق الفسخ ، حيث ترك الاستحسان وعاد الى القياس العام ، والعمل به ، وهل ذلك بأنه آل الأمر الى الضرر الزائد .

فتبين لنا ، أن الحنفية لم يخرموا قاعدة اللزوم العامة في عقود المعاوضة ، بل عملوا بالأصل العام عندهم في عقد الاجارة خاصة من أنه في " حكم العقد المضاف " بالنظر للطبيعة الخاصة للمنافع

(١) سيأتي تفصيل ذلك في التطبيقات .

(٢) وهذا في الأم الاغلب ، والا فان بعض تطبيقات الاعذار الشخصية عند الحنفية ، مما يمكن دفعها أو التحرز منها ، فضلا عن أنها من الممكن توقعها .

في اجتهادهم كما بينا ، أو لأن المتعاقد المضرور لم يكن ملزماً أصلاً بالضرر الزائد الذي لم يستحق بالعقد .
وانما الاستثناء أن لو كان المتعاقد المضرور ملزماً بالضرر الزائد ، ثم اعفى منه ، غير أن الاستثناء من أصل اللزوم في عقود المعاوضة عامة إنما وقع في تطبيقات وضع الجوائح في الزرع والثمار في اجتهاد المالكية على ماسياتي بيانه .

ويمكن تحليل اجتهادات الحنفية والمالكية في اثبات حق الفسخ في عقد الاجارة ، وعقد البيع في الثمار والزرع بعد بدو صلاحها ، اذا أصيبت بجائحة ، فضلاً عن الادلة التفصيلية والأسس الفقهية الخاصة ، بأساس قهبي عام مؤداه .

ان المقرر شرعاً ، ان " العقود " سواء منها ما شرع قياساً أو استحساناً بل المعاملات بوجه عام ، لم تشرع أساساً ، الا للحاجة الباسة اليها في التعامل ، وتبادل المنافع ، والتيسير على الناس في طرق كسبهم ووسائل معاشهم ، مما يرفع الضيق ، والعنت ، والحرج (١) ، والضرر عنهم ولم تشرع قطعاً لتلك المآلات والنتائج الضرورية التي تصبح العقود أو تنفيذها في ظرف من الظروف ، ذريعة مفضية اليها فهم هذا من تحليلهم ، حيث قالوا : ان حق الفسخ للمعيب ، لالذات المعيب ، بل للضرر الذي للمعذر لا يفسخ به عقد الاجارة لذات العذر بل لمآله ، وهو الضرر غير المستحق في حد ذاته ، أياً كان منشؤه .

(١) سيأتي أن المعاملات عامة ، بما فيها العقود إنما شرعت لتحقيق

المقاصد الحاجية وهي المرتبة الثانية من مراتب مقاصد الشريعة .

ولو افترض بقا العقد قائما ولازما لطرفيه على الرغم من تلاها النتائج -
الضرورية الحتمية لعادات العقود ابراما وتنفيذا ، على أصل تشريعها
بالنقض ، كما يقول الأصوليون .
ومعلوم ، أن الاصل في التكاليف والمشروعات أن تكون نتائج تنفيذها
وتطبيقها عمليا ، مطابقة لما رسم الشارع لها من مآل نظريا ، حتى تتم
المطابقة والمساواة ، بين التطبيق والتشريع ، لأن هذا هو مراد الشارع
قطعا ، والا كانت المناقضة بين التطبيق والشرع ، والمناقضة باطلة ،
بالاجماع ، فلا يتسبب في المصير اليها ، وعليه فلا ينفذ العقد اذا غلب
على الظن أنه مفض الى هذه المناقضة ، بل هي مناقضة للمقاصد الحاجية
العامة التي ما شرعت العقود والمعاملات بوجه عام الا لتحقيقها .
الغاية العامة للعقد بل للمعاملات بوجه عام تتصل بالمقاصد

الحاجية في معظمها :

الغاية العامة للعقد بل للمعاملات بوجه عام هي تحقيق المقاصد
الحاجية ، غالبا (١) ، كما ذكرنا ، وهي المصالح التي لا بد منها
لتيسير الحياة دون مشقة غير معتادة ، مما يتعلق بالاقتصاد ، والاجتماع
وغير ذلك من وجوه المصالح التي ترفع الضيق والحرج عن الناس بتحقيقها ،
وهي دون الضروريات ، وأهمها عقود البيع والاجارة بجميع صورها .
على أن بعض المعاملات قد شرع لتحقيق " المصالح الضرورية " وهذه
أحكامها مستثناة من قواعد الشرع ، كما علمت ، من مثل شراء المضطر

(١) راجع بحث " مقاصد التشريع " بمراتبها الثلاث ، والضرورية
والحاجية والتحسينية كتاب الموافقات - الجزء الثاني - للامام
الشاطبي .

طعام غيره جبيرا عنه لسد الرقق بشن المثل ، انقاذا لحياته ،

اذا لم يلحق المالك ضرر مثلسه .

وبذلك ثبت أن العقد ذو مفهوم اجتماعي وانساني مما يجعله :

وسيلة أمن وعمل ، وغايته العامة تيسير سبل الحياة على أيسر وجهه

اقتصاديا واجتماعيا بما يرفع العسر والحرج والضييق والعنت .

أما كونه وسيلة " أمن " فلأنه مقيد بمنع " الضرر " عن الغير من الفرد أو المجتمع ، ورعاية حق المجتمع من حقوق الله تعالى اطلق عليها الامام

الشاطبي " جهة التعاون " كما علمت ، وقيد بها الحقوق عموما ، بل

والحريات العامة (١) أيضا ، وأقيد بها سلطان الارادة الانسانية

في التصرف ، ان شئت .

وأما انه " وسيلة عمل " فلأنه أهم اداة للتعامل ، وتبادل المنافع

بين الناس ولولاه لتوقف النشاط الاقتصادي ، والاجتماعي ، ولاصاحبها

خلل كبير لا يستقيم معه أمر الحياة الا بعسر وشقة بالغين ، وليس هذا

من أسس التشريع الاسلامي قطعا .

وأما غايته بوجه عام ، فلتحقيق المقاصد الحاجية غالبا ، كما ذكرنا .

مقارنة فلسفة الحنفية في أصول حق الفسخ بما يناظر ذلك في

فقه الشافعية :

هذا ولا بد من تفصيل القول في مقارنة فلسفة الحنفية في أصول

حق الفسخ في عقد الاجارة خاصة من واقع نصوص مذهبهم بما استقر

عليه هذا الحق في المذهب الشافعي .

بوجه خاص (١) ، كما ورد في مصادرهم ، الأمر الذي ينعكس
أثره على مفهوم العقد بوجه عام ، فيحدد طبيعته وأثره وغايته العامة ،
لأن التطبيقات الجزئية تتضمن مناط الاصل العام ، وغايته .
وانما آثرنا أن يحدد مفهوم العقد بأمثلة وتطبيقات تتصل بموضوع بحثنا
في معظمها ، فضلا عن التطبيقات الأخرى ، حتى يكون هذا التمهيد
ساعدا على تفهم النظرية نفسها في بحوثها المقبلة .
فلسفة ابتناء الحنفية ثبوت " حق الفسخ " في عقد الاجارة حالة

العدر (٢) على اساسين فقهيين خاصيين ، فضلا عن الاصول العامة :

-
- أحدهما : كون عقد الاجارة في حكم العقد المضاف ، كما علمت .
 - ثانيهما : كون " العذر " بمثابة " العيب " في المعقود عليه قبل
القبض بجامع " العجز عن المضي في موجب (٣) العقد .

(١) إذ المذهب الأخرى لا تخالف عن أصله كثيرا ، ولقائل أن يقول :
ان الاختلاف الواقع بين المذهب الشافعي والحنفي من حيث أصل
حق الفسخ ، لا يعكس لنا مفهوما موحدا للعقد ، بوجه عام ، بل
مفهوم العقد في فقه كل منهما ، والجواب على ذلك من وجهين :
١ - ان ثمة اصولا لحق الفسخ ، دفعا للضرر ، في فقه المالكية
على اساس وضع الجوائح . كما أن هناك اصولا لتعدد يل التزامات
العقد في الوفاء بالنقود التي طرأت ظروف فغيرت من قيمتها .
٢ - يجب الترجيح بعد المقارنة ، بما هو أقوى دليلا ، وهذا ،
يعطي فكرة واضحة بعد الترجيح عن مفهوم العقد في الفقه الاسلامي
والا لما كان للبحث والدراسة المقارنة أي جدوى .

(٢) الظرف الطاريء .

(٣) يفتح الجيم - الاثر الثابت بالعقد وهو الالتزام ، والمضي في موجب
العقد أي تنفيذ الالتزام .

الا بضرر زائد لم يستحق بالعقد (١) ، وهذا هو ضابط "العذر"
ومناطه عند الحنفية ، وهو متحقق في "العيب" فصح قياس العذر على
العيب ، والحكم هو ثبوت حق الفسخ للمدين المضرور ، في كل منهما ،
لوحد قاعلة في اجتهادهم .
وفي هذا رد على الشافعية الذين لا يقولون بحق الفسخ الا بالعذر الذي
يلحق المعقود عليه .

فالا اساس الاول ، يمنع اللزوم في الحال في عقود التملك اذا كانت مما
تصح مع الاضافة ، كعقد الاجارة والساقاة والمزارعة ، للاضافة (٢) ،
فيثبت حق الفسخ ضرورة دفعا للضرر ، وهذا هو القياس العام (٣) .

- (١) مفاد هذا : ان الضرر الزائد الذي يعجز المدين عن تنفيذه
التزامه الابتحملة ، هو ضرر ليس منشوء الالتزام نفسه ، والا لوجب
تحمله ، لأنه من موجبات (بفتح الجيم العقد) وآثاره ، وهو داخل
في نطاقه ، والمدين قد دخل في العقد ، وتم التراضي (بالايجاب
والقبول) على أساس تحمل كل ما ينشأ عن التزامات العقد ، ولكن
الضرر الزائد هنا ، وهو غير متوقع غالبا ، ناشي عن العذر الطارئ
بعد ابرام العقد والمدين لم يلتزم أصلا بما ينشأ عنه من ضرر
لأنه ليس من التزامات العقد ، اذ هو حادث بعد ابرامه ، فكان
هذا الضرر خارجا عن نطاق العقد ، وغير متوقع غالبا .
(٢) يقول الامام السرخسي في هذا المعنى ، والاضافة في عقود التملكات
تمنع اللزوم في الحال كالوصية . المبسوط : ج١ ص٦٢ - تبين الحقائق
ج٥ للزيلعي .
(٣) ويقول الامام السرخسي : " فاذا آل الامر فيه الى الضرر ، اخذنا فيه
بالقياس وقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه ، وقلنا

الاضافة تمنع صفة اللزوم في الحال في عقود التمليكات اى التي تصح
مع الاضافة - المرجع السابق .

وهو كونه في حكم العقد المضاف الذى يمنع صفة اللزوم في الحال .
والاساس الثانى - يثبت حق الفسخ ضرورة ، ان الاصل " سلامة المعقود
عليه " بل هو شرط ضمنى ثابت شرعا ، في كافة عقود المعاوضة (١) وان
لم يشترط في العقد ضراحة ، كما ذكرنا .
وأقول : ابتناء الحنفية ثبوت حق الفسخ في عقد الاجارة حالة العذر
الطارىء بعد إبرام العقد ، على هذين الاساسين الفقهيين الخاصين ،
فضلا عن الأصول التشريعية والفقهاء العامة (٢) ، وبباني العدل (٣)
وموجهاته (٤) ، كان الدافع اليه (٥) ، (الى هذا الابتناء) هو

- (١) البدائع : ج ص للكاساني .
- (٢) من مثل قوله تعالى " لا تأكلوا بينكم بالباطل " وقوله سبحانه :
" يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " .
- (٣) من مثل القواعد الفقهية : " الضرر يزال " و " يصار الى أخف الضررين "
وغيرهما من القواعد المتفرعة عن القاعدة العامة التشريعية التي
ارساها الرسول - صلى الله عليه وسلم - " لا ضرر ولا ضرار " وهي
حاكمة على القواعد كلها ، ومقيدة لها .
- (٤) ان الله يأمر بالعدل والاحسان - والاحسان مأثور به لأنه يخفف
من نتائج الجبرى على موجب القواعد العامة اذا افضت اليها نسي
الظروف المتغايرة ، ان للظروف تأثير في هذه النتائج ، فكان
الاحسان ، وهو التجاوز من العدل الى الفضل . - راجع كتابنا
" الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده " ص للمؤلف .
- (٥) اى الدافع هذا الابتناء .

" أصل وجوب اعتبار " المآل " في حد ذاته ، وهو هنا الضرر الواقع أو المتوقع ، سواء أكان ناشئا عن " العيب " أو " العذر " ، ما دام غير مستحق بالعقد والضرر الواقع يجب ازالته شرعا اذا كان غير مستحق (الضرر يزال) و (لا ضرر ولا ضرار في الاسلام) .

والضرر المتوقع يجب دفعه قبل الوقوع ، لأن الدفع أسهل من الرفع ، عملا بالقاعدة الفقهية المعروفة " يدفع الضرر بقدر الامكان " أي قبل الوقوع .
وانما قلنا ، ان الدافع لأئمة الحنفية الى تلص هذه المبادئ الأساسية الفقهيين الخاصين ، ليبتنى عليهما ثبوت حق الفسخ ، بالاعذار الطارئة ، هو الأصل العام من وجوب النظر في المآل - في حد ذاته - الذي ينبغي أن يكيف على أساسه التصرف أو الفعل ، من جديد ، بقطع النظر عن حكمه الأصلي ولو اقتضى ذلك استثناءه من مقتضى قاعدته العامة ، لأننا استخلصنا هذا الدافع الى العمل بأصل المآل ، من توجيه أئمة الحنفية أنفسهم ، - للاستدلال بهذين الأساسين ، فكان ذلك اعترافا منهم بهذا الأصل العام (١) في الاجتهاد التشريعي في الفروع ، إبان التطبيق ، وتارة يسمونه " مآلا " وطورا يسمونه " استحسانا " ومن تحكيمهم له نسي استنباط الأحكام أيضا وفقا للظروف المتغيرة ذات الأثر في نتائج هذا التطبيق ، كما رأيت .

(١) أصله الامام الشاطبي ان يقول : " أصل النظر في مآلات الاعمال معتبر مقصود شرعا . " وهو الأصل الذي تفرع عنه مبدأ الاستحسان ^{بالمعنى} وبمبدأ الذرائع ، وبمبدأ مراعاة الخلاف .
- المواقات : ج ٤ ص ١٩٨ .

يرشدك الى هذا ، أن الامام المرخسي نفسه ، في معرض رده على الشافعية الذين لا يفسخون عقد الاجارة الا بالعيب في المعقود عليه لأن عقد الاجارة في اعتبارهم ، هو عقد بيع ، والمنافع في اجتهادهم أيضا في " حكم الاعيان " الموجودة ومعلوم أن عقد البيع اذا تم كان لازما فلا يفسخ الا بالعيب (١) دون الاعذار الاخرى فيما عدا الاعذار الشرعية (٢) ، أجاب (الامام المرخسي على ذلك) موهنا حجة الشافعية هذه بقوله ، بأنه ينبغي ألا يعتبر العيب في حد ذاته ، بل " ماله " ونتيجة وهو " الضرر " ولا شك أن " الضرر " مآل العذر أيضا ، فكان هو المعنى الجامع بينهما (٣) ، واذا اتحدت العلة ، وجب أن يتحد الحكم فيهما ، وهو الفسخ ، لأن العلة مناطه ، تأكيداً لمنطق التشريع المتسق ، وتحقيقاً للعدل " الذي يمثل الارادة الحقيقية للمشرع ، والا كانت المناقضة ، ومناقضة المشرع باطله .

-
- (١) فضلا عن إمكان نسخه شرعا باقتترانه بخيار الشرط ، أو بمقتضى حق الخيارات الثابتة شرعا ، كخيار الرجوع ، وخيار الاكراه ، وسائر الخيارات التي تتعلق بعيوب الرضا .
 - (٢) الاعذار الشرعية ، تجعل استيفاؤها منفعة محل عقد الاجارة ، أي المنافع ، متعذرا ، وهذا متفق عليه بين المذاهب ، وذلك ، كما سنستأجر امرأة لتنظيف المسجد خلال فترة معينة فحاضت اثناء هذه المدة ، فيفسخ العقد بحكم الشرع ، لتعذر استيفاؤها المنفعة لأنها محرمة ، في هذا الظرف ، وهو عذر شرعي بحق شخصي ، إذ لا يجوز للحائض ان تدخل المسجد ، فالمانع من الاستيفاؤها شرعي .
 - (٣) راجع المبسوط : والبدائع ، وتبيين الحقائق - في فسخ الاجارة بالمذ

هذا الرد ، وتوجيه الاستدلال ، يؤكد اعتبار " أصل المآل " عند
أئمة الحنفية ، وتكييف الفعل بالمشروعية وعدمها على أساسه ، كما
رأيت ، واليك نص الامام السرخسي ، وتابعه في ذلك كبار أئمة الحنفية
اذ يقول : " فالشافعي - رحمه الله - يقول : " عقد الاجارة اذا -
اطلقت ، فهي لازمة ، كالبيع ، الا أن عندنا قد يفسخ الاجارة بالمعذر
وعنده لا يفسخ الا بالعيب وهو بنا " على أصله ، أن " المنافع كالايعان
الموجودة " حكما ، فان العقد عليها كالعقد على العين ، فكما لا يفسخ
البيع الا بعيب ، فكذلك الاجارة " .

هذا هو الاصل الذي بنى عليه الامام الشافعي اجتهاده في حكم فسخ
عقد الاجارة بالاعذار .

ومشأ الخلاف كما ترى : هل المنافع كالايعان حكما ، فيكون العقد عليها
لايما كعقد البيع ، ولا تفسخ الا بما يفسخ به عقد البيع ، أو أن المنافع

(١) يفهم من هذا ، كما هو واضح ، ان جواز عقد الاجارة ولزومه انما
كان لأمرين : أحدهما : دفع الحاجة العامة الماسة استثناء من
الأصل العام ، وهو عدم الجواز ، لانعدام المعقود عليه (محل
العقد) عند ابرام العقد ، وبيع المعدم - وهو المنافع - باطل
تأجيله استحسانا للحاجة . وثانيهما - توفير المنفعة للمتعاقدين
وذلك لا يتم الا اذا كان لازما ، اذ لو اعتبرناه غير لازم لاستقل كل

من طرفيه بفسخه ونفا لمشيئته وفي كل وقت ، ودون رضا الآخره
فكان كل من طرفيه مهددا بفسخه في كل لحظة ، وبذلك لا يتوفر
للمتعاقدين الانتفاع بالعقد ، فلا المستاجر يمكنه ان يستوفي المنفعة
المقصودة ، ولا المؤجر يمكنه ان ينتفع بالبدل ، اذا حصل الفسخ نتيجة
لعدم اللزم .

لمست كالأعيان حكما بل هي أعراض زائلة معدومة تتجدد شيئا فشيئا
عند الاستيفاء* .

وأما نص الرد عليه من قبل الامام السرخسي فكما يلي : " وعندنا -
أي الحنفية - جواز هذا العقد - عقد الاجارة - للحاجة ، ولزومه ،
لتوفير المنفعة على المتعاقدين ، فاذا آل الامر الى الضرر ، أخذنا
فيه بالقياس (١) وهو عدم اللزوم ، على اعتبار أن عقد الاجارة نسي
حكم العقد المضاف (٢) .

والواقع - كما ترى - أن اجتهاد الأئمة على موجب القياس ، وألاستثناء
منه والعمل بموجب الاستحسان ، يدور - في الحالين - كما رأيت
مع مقتضى العدل ، ودفع الضرر غير المستحق .

(١) وقصد بالقياس العام وهو " عدم اللزوم " ان عقد الاجارة نسي
حكم العقد المضاف والاضافة في عقد التمليك الذي يصح مع الاضافة
كالاجارة والمساقاة ، يمنع اللزوم في الحال كالوصية - أما
الوصية فانها لا تكون الا مضافة بطبيعتها لا تقبل التجيز .

- المبسوط : للسرخسي - ج ١٦ ص ٢
- ان " المأل " هو الذي غير حكم العقد من اللزوم الى
عدنه ، أو من الاستحسان الى القياس .

(٢) العقد المضاف هو العقد الذي يصدر بصيغة يضاف فيها
الايجاب الى زمن مستقبل سواء أكانت الصيغة مطلقة او مقترنة
بمصرطه كقوله " اجرتك هذه الأرض ، مدة خمس سنوات ابتداء
من أول السنة القادمة ، وقبل الطرف الآخر .

فإذا كان العمل بموجب القياس العام يؤول في ظرف معين السى
تحقيق العدل ، والصلحة المعتبرة ، ودفع الضرر غير المستحق ،
وجوب الصبر الى هذا المآل ، تحقيقا لذلك كله .
أما إذا كان العمل بهذا الموجب في ظرف من الظروف يؤول الى
مآل ممنوع ، من الضرر الزائد غير المستحق (١) وجب حينئذ اخراج
السألة من القياس العام ، وتطبيق قاعدة اخرى تدفع هذا المآل الممنوع
وتحقيق العدل ، وهذا هو الاستحسان ، أو المناط الخالص ، كما
علمت .

فالعدل اذن هو قطب الرحى في التشريع الاسلامي ، قهاسا أو
استحسانا ، حسب الظروف والاحوال ، وبذلك كانت معاييره من الدقة
والاحكام بحيث تقدره على تحقيق مقتضى العدل ، والصلحة ، وروى
الحرج ، والضرر في الظروف المتغايرة ، وفي كل واقعة تعرض .

= / وحكم هذا العقد أنه ينعقد علة لحكمه ، ولكن يتأخر سرمان
آثاره الى الزمن المستقبل المحدد ، فلا يملك المستأجر منفعة الارض
الا بدءا من الزمن الذى أضيف اليه العقد .

— وقد الوصية لا يكون الا مضافا بطبيعته ، وكذلك عقد الايصال ،
لأن طبيعتهما تقتضي الاضافة ، ولا تحتل التجيزه ، وعقد الاجارة يقبل
التجيز كما يقبل الاضافة ، ويصح معها ، لأن محلها المنافع ، وهي
توجد شيئا فشيئا ، فكانت الاضافة متفقة مع طبيعتها .

(١) ويقول الامام السرخسي تطبيقا على خصوص ماألتنا : " لأنه
لا ضرر عليه في ايضا العقد الا قدر ما التزمه " .

ثم يبين الامام السرخسي ، أنه كان من مقتضيات النفاذ العقلي في الاجتهاد التشريعي أن نستبطن مقاصد التشريع ، أو المعنسي التشريعي الذي أدار عليهما المشرع الحكم .

فاذا كان الامام الشافعي - رحمه الله - يرى أن عقد الاجارة كالبيع لا يفسخ الا بالعيب فالعلة - لو أمعنا النظر - ليست هي ذات العيب بل العلة هي " الضرر " لأن " العيب في المعقود عليه " ينقص المنفعة ، أو يزيلها ، اذا أصاب بعضا من المنعقود عليه ، أو أتى عليه جملة ، وكذا يتفاوت لثن أو الاجرة بالعيب ، أو يسقطان قبل القبض تبعا لنقص المنفعة أو فواتها وهذا لعلة الضرر .

وإذا كانت " العلة " هي " والضرر " غير مستحق في حد ذاته ، فهو متحقق في العذر والعيب على السواء ، مآلا لهما ، كما ذكرنا ، فوجب الاعتداد بالمآل ، وهو هنا " الضرر " لاذات العيب ، واذا كان الضرر الزائد غير المستحق " معنى ينتظم العيب والعذر معا ، وجب اتحاد الحكم فيهما ، كما قدمنا ، لوحدة العلة ، والحكم هو وجوب دفع الضرر وذلك لايتأتى الا بالفسخ اذا تعين وسيلة اليه ، فثبت حق الفسخ بناء على ذلك في الحالين : العيب والاعذار ، والتفرقة بينهما تحكم لا ينهض بها دليل شرعي معتبر ، بل في التفرقة بينهما انخراص أصل العدل الذي يقضي بعدم مشروعية الحكم الضرري بخير حق ، وهذا هو موذى نص الامام السرخسي : " ثم الفسخ بسبب العيب ، لدفع الضرر ، لالعين العيب ، فاذا تحقق الضرر (١) في ايذاء العقد (٢)

(١) وهو المال الواقع او المتوقع .
(٢) أي في المضي على موجب العقد وتنفيذ التزاماته رغم طرؤ العذر أو الظرف .

(١) يكون ذلك عذرا في الفسخ ، وان لم يتحقق العيب في المعقود عليه

وأساس ذلك أن الضرر الزائد غير مستحق على المتعاقد شرعا ، ولا ينهني أن يتحمل في ايفاء العقد ، الا قدر ما التزمه عند العقد (٢) ،
” وبذلك ثبت الفسخ بالاعذار الشخصية اللاحقة بالمستأجر والموجر
اذا تسبب عنها ضرر زائد غير ” مستحق ” بالعقد ، فضلا عن العيب
اللاحق بالمعقود عليه لوحدة المال على ماسياتي تفصيله .
ويستخلص من هذا ، ان الشارع الحكيم ، لا يحمل الملتزم فوق ما التزم
فعلا عند العقد .

ويلزم عن هذا عقلا ، انه يشترط أن تكون الظروف وقت إبرام العقد ،
قائمة عند تنفيذه ، اذا كان لتغيرها أثر في مآل تنفيذ العقد ضررا زائدا
وهو شرط ضمني فهم لزوما عقليا ، من تحليل الأئمة السابق ، وان لم
يصرحوا به ، كما اسلفنا .

فحق الامتناع عن المضي في موجب العقد ، أي الامتناع عن تنفيذ
الالتزام من جانب المتعاقد المدين به يقتضي حق الفسخ الثابت له
شرعا ، لم تكن علته ذات الالتزام ولا الضرر الناشئ عنه ، لأن ذلك
واجب الوفاء به شرعا ، عملا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود
” ولأن العقد عهد ، والله تعالى يقول : ” ووفوا بعهد الله اذا
عاهدتم ، ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا ”

(١) المبسوط : ج ١٦ ص ٢ - ٣ .

(٢)

(٣) ان يقول الامام السرخسي : ” لانه لا ضرر عليه في ايفاء العقد ، الا

قدر ما التزمه عند العقد ” أي لا بعد ابراهه بسبب عذر يطرأ .

المبسوط : ج ١٦ ص ٣ للسرخسي .

أقول ان حق الامتناع عن تنفيذ الالتزام حالة العذر الطارىء بالفسخ
لا لذات الالتزام ه لما بينا ه بل لوصف ملازم للالتزام لا ينفك ه وهو الضرر
الناسي ه عن العذر أو الظرف الطارىء الملايس ه وهذا الضرر غير مستحق ه
اذ المتعاقد ليس ملزما عرفا الا بالتزامات العقد التي نشأت عند ابرامه ه
لا بعد ه لأنها خارجة عن نطاقه ه كما اسلفنا ه ثبت ما قلنا ه من
أن حق الفسخ لم يكن استثناء من أصل قاعدة اللزوم عند الحنفية ه بل
هو القياس ه

وأما " حق الفسخ " يثبت اذا تعين طريقا لدفع الضرر غير المستحق
لأن تحمله ظللم ه

فاعرف المشرع على تنفيذ العقود ابان الظروف المتغيرة ه واضح نسي
تعليلات الأئمة وأسهم القهية ه وتطبيقاتهم ه

ه مما لا يصح معه القول بأن العقود -

وأثارها في القه الاسلامي تخضع لسلطان الارادة الانسانية المطلق
بل امرف المشرع عليها ابراما وتنفيذا ه فجعل لضبون العقد مفهوما
اجتماعيا وانسانيا ه بما يحقق من التوازن ه والعدل ه في المعاملات
ومصروية الباعث وما هو وسيلة أمن وعمل وتعاون ه أما قايته العامة ه
فرفع الضيق والهرج ه وتمكين طرفيه من الانتفاع المتبادل في حدود الحق
والعدل والصلحة المشروعة ه

ونكتفي بهذا القدر من بحث النظرية ه لمحدودية

الصفحات المقررة ه والله الهادي الى سواء السبيل ه

نظرية المسئولية التقصيرية والعقدية

فسي

الفقه الاسلامي

مقدمه :

لم يرد هذا الاصطلاح في الفقه الاسلامي وانما
ورد معناه تحت اسم آخر هو " الضمان " .
واذا كانت المسئولية تعني المؤاخذه ه فان الضمان - فسي
أحد معانيه - يعنيها كذلك عند الفقهاء ه وتورد فيما يلي المعاني
القضيه التي اطلق عليها الفقهاء لفظ الضمان في استعمالهم .
الضمان في اصطلاح الاصوليين والفقهاء (١)

يعنيها مسن تعريف الضمان في بحثنا هذا
تحديد تأحيته المدنية ه لا الجنائية ه وقد حددوه الحنفية
بما يفيد هغل الذمة بأداء مثل ما أتلف ه ان كان من المثلجات

(١) الضمان في اللغة ه يعني الالتزام ه تقول ضمانت المال التزمته
به ويتعدى الى مقولتين : تقول ضمانت النال أي التزمته
به - الصباح المنير .

هذا ه وللضمان معنى آخر ه وهو الكفالة - والضامن هو
الكفيل والملتزم والغارم - ويأتي الضمان ايضاً بمعنى التأكيده
على خلو الشيء من العيب - ب - المعجم الوسيط -

أوقيته ، ان كان من القيميّات ، وهذا المعنى كما يتحقق
في ضمان التصرفات الفعلية غير المشروعة ، فيما يتعلق بالاموال ،
يتحقق كذلك ، في ضمان العقود (١) .
غير أنه فيما يتعلق بضمان العقود ، كسفل ذمة البائع بمثل أو
قيمة البيع الهالك في يده قبل تسليمه ، انما هو أثر لازم لحكم
العقد ، من وجوب التسليم ، عند أداء المشتري الثمن ، وليس
أثراً مباشراً للعقد ، وكذلك ضمان الوديع مثل أوقية العين المودعة
أثراً لحكم عقد الوديعة ، من التزامه بالمحافظة عليها ، اذا هلكت بتقصير
منه أو تعدد وعلى هذا ، كان الضمان في جانبه المدني لا الجنائي ،
عند الفقهاء على نوعين :

أ - ضمان الاتسلاف .

ب - ضمان العقود .

وقد عرف الضمان بعض الفقهاء القدامى ، بأنه " غرامة التالف (٢)
أو " رد مثل الهالك أو قيمته " كما عرفه بعض المحدثين ، بأنه "
التزام بتعويض مالي ، عن ضرر للغير ، وهنسي معان متقاربة ، تتسم
بالوضوح والايجاز .

(١) (١) المجلة / ٤١٦ (٢) من العقود ما يكون الضمان أثراً مباشراً

له ، وهو الكفالة ، وهو اما التزام بعمل كما في احضار
شخص معين ، أو سفل الذمة بالدين أو بالمطالبة على خلاف
بين الفقهاء .

(٢) الضمان ص ٤ وما يليها - للشيخ على الخفيف .

غير أن بعض المحدثين قد عرف الضمان بأنه : " شغل
الذمة بما يجب أدائه من مال أو عمل ، عند تحقيق شرط أدائه ،
في الحال ، أو في المستقبل المعين " .
هذا في الواقع ، تعريف بالاعم ، لأنه يشمل " الدين " ولا علاقة
له بالتصرفات الفعلية التي تشكل اعتداءً على المال يتلقه ، كما
يشمل عقد الاجير المشترك والخاص ، ومحل العمل ، وليس هذا من
قبيل ما نحن فيه ، من الاعتداء على الاموال بالاثلاف .
نعم اذا امتنع الاجير عن اداء التزامه ، من القيام بالعمل محل
العقد ، وكذا اذا امتنع البائع عن تسليم البيع الى المشتري عند ادائه
الثمن ، يجبر قضاة على ذلك ، ويمزره الحاكم وينفذه عليه ان امكن
غير أن الشارع لا يلزمه بتعويض مالي عن تأخره او امتناعه ، فكان
هذا التعريف غير مانع (١) .

وأيضاً ، قد يكون الضمان بمعنى الكفالة بالمال أو النفس ، وفي
هذا النوع الاخير من الكفالة ، محل احضار شخص وهو عمل غير أن
الامتناع عن ذلك لا يستوجب التعويض المالي (٢) وان لحق الدائن

(١) الضمان - ص ١٤ - الشيخ علي الخفيف .

(٢) الضمان بمعنى الكفالة ، قد استعمله المالكية والشافعية

والحنابلة - راجع - المهذب ج ١ ص ٣٥٩ - مغني المحتاج

ج ٣ ص ٨٣ - الاشباه والنظائر - للسيوطي ص ٢٢٢

المغني - ج ٤ ص ٥٣٤ - ابن قدامه .

ضرر من جرائه ، وهذا ليس مما نحن بصدده البحث فيـــــــــــــــــه

أيضا .

وهكذا ترى ، أن الالتزام بعمل ، سواءً أكان حكما وأثرا للعقد كما في عقد البيع ، من مثل التزام البائع بتسليم المبيع أم كان محلا للعقد كما في عقد الاجير المشترك أو الخاص ، فان امتناع الملتزم عن الاداء لا يستوجب التعويض المالي عن التأخير ، ولو لحق الدائن ضرر بسبب ذلك وانما يجبر قضاة على التنفيذ ان امكــــــــــــــــن ، كما أسلفنا .

الفصل الاول

أدلة مشروعية الضمان

تنهض بمشروعية الضمان ، أدلة من الكتاب والسنة .

أما الكتاب ، ففيما يتعلق ، بالاعارة والوديعة ، وكل شيء أقتسنت صاحبه غيره عليه أو ألزم به الشارع فمن مثل عموم قوله تعالى : * ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها * .

ووجه الاستدلال : أن الله تعالى أوجب أداء الامانة بصرح الامر وهذا يستلزم شغل الذمة به والا كان توجه الخطاب بالطلب في غير مطلوب ، وهذا لا يتصور ، وشغل الذمة مما يتحقق به الضمان الذي يستوجب الاداء .

وعلى هذا ، فالضمان بنوعيه ، ضمان الاتلاف ، وضمان العقد يشمله عموم الآية الكريمة ، من حيث شغل الذمة به ، ووجوب أرائه

عند تحقيق شرطه .

هذا ، والآراء الكاملة ، أما برد العين ان كانت قائمة ، كما
في رد المغصوب ، وهو ما تقرره السنة ، أيضا ، في قوله - صلى
الله عليه وسلم - : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " . أو رد
الكامل صورة ومعنى ، ان هلكت أو تلفت وكانت من المثليات ، أو رد
قيمتها القائمة ، وهو المثل المعنوي ، ان كانت من القبيات ، أو
كانت من المثليات وانقطع مثلها ، تعويضا وجبرا للتالف .
ثانيا : قوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل

ما اعتدى عليكم . "

وجه الاستدلال ، أن الآية الكريمة بصورها ، تقرر مبدأ -
المماثلة في الجزاء عدلا والتعويض ضرب من الجزاء ، والمماثلة الكاملة
ما كانت صورة ومعنى ، لا يمكن ، والا فالمثلية معنى وهي القيمة
مجزئة . غير أن هذا الجبر أو الجزاء ، لا ينطوي على معنى العقوبة
الزاجرة ، وإنما هو مجرد رد للبدل التالف على صاحبه ، لعصاة
ماله فيقوم مال محل المال التالف .

ثالثا : قوله تعالى : " وان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عاقبتهم به " .

وجه الاستدلال ، أن الآية صريحة الدلالة على وجوب تحقيق
مماثلة العقوبة للفعل الجرمي ، وهذا ، وان كان نصا في العقوبات
الزاجرة للعدوان على النفس ، غير أنه يستأنس به في الاستدلال على
مبدأ المماثلة في العدوان على الاموال كذلك من قبل أن " المماثلة " .
مبدأ عام يقرره العدل في الجزاء ، على العدوان باطلاق عقوبة

أو تعويضا وجبرا ، الا ما استثنى بدليل ، كما في ضمان العقد

على ما سيأتي تفصيله (١) .

رابعاً : قال تعالى : " وجزاء سيئاته ، سيئاته مثلها ، وهذا

تأكيد لتقرير مبدأ المثلية في الجزاء عدلاً .

ووجه الدلالة ، أن التعويض المالي ضرب من الجزاء ، لأنه من قبيل

ازالة الضرر المالي الذي أحدثه المعتدى ، وأمثلة طريق لذلك ، هو

احداث نقص في مال المعتدى يماثل الذي أحدثه في مال المعتدى

عليه ، ويرد على هذا الأخير جبراً وعضاً ، وهذا ضرب من الجزاء .

وسا يؤكد ذلك أنه جبر وتعويض وجب شرعاً في مقابل انتهاك عصمة المال

بالنسبة للمعتدى عليه ، وهو نفسه انتهاك لعصمة مال المعتدى ، جزاءً

وفاقاً ، وعلى هذا ، فإن عموم عصمة النفس أو المال مخصصة بما قدمنا

من الآيات الثلاث (٢) بالنسبة للمعتدى (٣) .

خامساً : ما روى عن أنس - رضي الله عنه - قال : اهدت بعض أزواج

(١) سيأتي أن ضمان العقد يتم التقدير فيه على أساس التواضي

بخلاف ضمان الائتلاف فإن مبناه على الجبر والتعويض ، وذلك

أساسه المعادلة أو المماثلة ، أو المساواة في المالية والقيمة ،

ان تعذرت المثلية صورة .

(٢) من قوله تعالى : " وان عاقبتم فعاقبوا بمثل عوقبتم به " ويقول

تعالى : " فمن اعتدى عليكم ، فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم

وقوله تعالى : " وجزاء سيئة ، سيئة مثلها " .

(٣) المرجع السابق ج ٥ ص ٢٩٨ .

النبي — صلى الله عليه وسلم — اليه طعاما في قصعة ، فضربت
عائشة القصعة بيدها ، فأنلفت ما فيها ، فقال رسول الله — صلى
الله عليه وسلم — طعام بطعام ، وأنا باناء (١) .
ووجه الدلالة ، أن الباء في الحديث للعرض ، فأوجب الرسول
— صلى الله عليه وسلم — طعاما وأنا على المتلف ، مثل الطعام
والاناء الذي أتلفه ، عوضا وجبرا .
ومعلوم أن القيمي يضمن بقيمته ، والمثلي بمثله (٢) .
هذا وفي رواية لابن أبي حاتم بلفظ أن " من كسر شيئا ، فهو له ،
وعليه مثله " (٣) وهذا عام .
خامسا : وما روى عن سمرة عن النبي — صلى الله عليه وسلم — قال
" على اليد ما أخذت حتى تؤديه (٤) " ووجه الدلالة ، أن المقتضى
— بفتح الضاد — وهو المعنى اللازم^(٥) المقدر الذي يتوقف عليه فهم
المراد من نص الحديث هو الضمان ،

-
- (١) نيل الاوطار ج ٥ ص ٣٢٤ .
 - (٢) المرجع السابق .
 - (٣) المرجع السابق — والحديث رواه الترمذى وصححه .
 - (٤) رواه الخمسة الا نسائي .
 - (٥) راجع بحث المقتضى " في كتابنا المناهج الاصولية ، وكتابنا
أصول التشريع .

على الراجع (١) ، فيكون معنى الحديث : على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه " ووجه كونه هو الراجع ، لأن الحديث يوجب رد عين ما أخذت اليد ، ان كانت قائمة ، لأنه الواجب الاصلي ، والا فالضمان لأن الضمان غرامة التالف ، كما بينا .

سادسا : روى النعمان بن بشير عن النبي — صلى الله عليه وسلم — أنه قال : " من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين ، أو في سوق من أسواقهم ، فأوطأت بهد أو برجل ، فهو ضامن وهذا واضح .

(١) وانما قلنا انه الراجع ، لأن الاحتمالات ثلاثة في القتنسى اما الضمان أو الحفظ ، أو الاوطاء فيكون معنى الحديث على هذا التقدير الثلاثة للمقتضى (بفتح الصاد) على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه ، أو حفظ ما أخذت حتى تؤديه ، أو أداء ما أخذت حتى تؤديه ، لاجاز أن يكون هذا الأخير وهو التأدية ، مقتضى ، لأنه جعل في الحديث غاية ، والقسبي لا يكون غاية لنفسه ، فيبقى الترجيح بين الاحتمالين : الضمان والحفظ ، والظاهر الضمان ، لأن الحديث يوجب رد عين ما أخذت ان كانت قائمة ، والا فالضمان ، لأن الضمان ، غرامة التالف تعويضا ، كما بينا — نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٩٩ .

سابعاً : من المقررات الفقهية التي تنهض بمبدأ المسؤولية عن الضرر المالي ، ماجاء في قواعد المجلة ، من مثل : " الضرر يزال " و " الضرر يدفع بقدر الامكان " وكلتاها متفرعتان عن القاعدة التشريعية التي ارساها الرسول - صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " .
والقاعدة الاولى ، توجب معالجة ما وقع من الضرر ، بازالة عينه ان امكن ، وذلك برد المال عيناً ، ان كان قائماً ، والا فالتمويض مثلاً او قيمة كما ذكرنا .

وأما الثانية ، فتأتي بحكم وقائي بحيث يجب الحيلولة دون وقوع الضرر ، لأن الدفع اسهل من الدفع ، أو الوقاية خير من العلاج وهذا المعنى لا يصلح سنداً على موضوعنا .
غير أن قاعدة الدفع هذه يتحقق مناطها العام في الجبر بالمثل أو القيمة ، لأن هذا هو الممكن دفعه (١) من الضرر .
فتلخيصاً ، أن مبدأ الضمان مستقر في الشرع قطعاً ، بما قدمنا من الأدلة .

(١) وفي هذا ، كان الدفع بمعنى الازالة وتضعيف قاعدة
الدفع بمعنى جديداً ، وهو أن يكون الدفع بقدر
الامكان .

الفصل الثاني

=====

اسباب الضمان

للضمان أسباب عدة ، يوردها الفقهاء في أبواب الفقه المختلفة ،

اذ لم تجمع في باب واحد ، ومن ذلك .

آ - الزام الشارع بالضمان ، مباشرة و بما يشغل ذمة المكلف المخاطب

من النفقات بوجه عام ، أو من اموال الزكاة ، أو الكفارات

في خصالها المالية ويوجب الاداء ايضا وهذا لا يتضمن معنى

التعويض عن مال أتلف ، كما ترى ، وانما هو تكليف يحقق معنى

التكافل الاجتماعي الملزم ، في دائرة الاسرة ، أو المجتمع

أو عقوبة زاجرة عن عمل محرم كما في القطر عدا في رمضان دون

عذر ، أو الحنث في اليمين ، من الخطايا الدينية ، وهذا مما

لا يدخل في بحثنا .

ب- وقد يكون سببه العقد ، وهو ما يطلق عليه الفقهاء " ضمان

العقد " وسيأتي البحث فيه .

ج- وذكروا من الاسباب ، الاتلاف ، والغصب ، والتفويت

والتعيب والتغير ، والحيلولة بين المالك وماله ، والشرط

والهد غير المحقة ، والتسبب تعديا ، على أن هذه الاسباب

جميعا يمكن أن يجمعها معنى واحد هو الفعل الضار عند تحقق

شرطه ، وهو ركن من أركان الضمان التي تتناولها بالبحث فيما

يلى :

الفصل الثالث

أركان الضمان

الترتيب المنطقي لهذه الأركان حسب الوقوع هو الفعل الضار على سبيل التعدي ، والضرر ، وعلاقة السببية بينهما ، أو ما يطلق عليه الفقهاء الأفضاء ، فكانت أركانه ثلاثة :

المبحث الأول

الفعل الضار تعدياً

ليس الفعل الضار مشروطاً ، بل هو فعل محظور ، ولذا كان سبباً للتضمين بما يكون له من أثر في ابتسلاف المال ، ولا يشترط في فاعله أن يتوافر فيه الإدراك ، أو القصد إلى الأضرار ، بل تنعقد سببياً الفعل الضار لضمان ما يترتب عليه من ضرر أو اتلاف للمال ، ولو كان فاعله فاقده الأهلية كصبي غير مميز ، أو مجنون ، أو فقير مدرك ولا قاصد كالنائم والناسي ، إذ ليست أهلية الأداء شرطاً في التضمين ، ذلك لأن أساس التضمين المالي هو جبر المتلف ، صيانة لعصمة الإنسان في ماله ، ولذا كان العمد والخطأ في اتلاف المال سواءً ، وإن كان

- (١) يفتح اللام - اسم مفعول - إذا لم يشترط أهلية الأداء ، غير أنه لا بد من أهلية الوجوه ، إذ انتفاء الأهلية أهلاً لا يوجب المسؤولية ، كما في الحيوان ، لأن جرح الفجاء جبار .

للعبد والخطأ أثر في العدوان على النفس .
غير أنه يشترط أن يكون الفعل الضار قد وقع تعدياً ، أي دون وجه
حق وعلى سبيل الاعتداء أو المجاوزة على حق الغير ، والتعدي لا يعني
التعمد ولا القصد ، كما سيأتي .
وعلى هذا ليس كل فعل ضار يوجب التضمين ، فلو أن شخصاً هدم داراً
لغيره بأذن من صاحبها ، لا يضمن ، لأنه فعل ضار ولكن بحسب
وكذلك يكون الفعل الضار قد وقع تعدياً إذا لم يأذن به الشرع أصلاً .
وما هو جدير بالإشارة هنا إلى أن الفعل المشروع في الأصل ، لنشؤه
عن حق إذا أدى استعماله الحاضر إلى فاحش أو راجح بالغير
انقلب فعلاً ضاراً غير مشروع بالنظر إلى نتيجته ، لا إلى ذاته وهذا ضرب
من التعسف في استعمال الحق ، كما علمت ، وقد بحثنا ذلك بحثاً
مفصلاً في نظرية الحق والتعسف في استعماله (١) ، ولا يدخل
في موضوعنا ، لاستقلال نظريته ومعاييره وأحكامه غير أن الفعل الضار

(١) وفي هذا المعنى يقول : " إذا تأملت شرائع الله وجدت أنها
لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو تالراجحة وإن تزاومت
قدم أهمها وأجلها ، وإن فات أدناها ، كما لا تخرج عن
الفساد الخالصة والراجحة بقدر الامكان وإن تزاومت
(الفساد) عطل أعظمها فساداً يتحمل أدناها وعلى هذا
وضع الحكم الحاكمين شرائع دينه ، ورتب حقوق عباده . "

أصلا ، والفعل التعسفي ، يفصل بينهما أن الاول لا يشترط فيما
يترتب عليه من ضرر لتتسمقد سببته للتضمين أن يكون الضرر فاحشا
أو راجحا ، بل يكفي لتثور مسئولته ، أن يكون يسيرا بخلاف الثاني
لاستناده أصلا الى حق .

الفعل الضار نوعان ، ايجابي وسلبسي

الفعل الضار قد يكون حسيا ايجابيا أي وقوعيا ، فاذا ترتب عليه ضرر
بالغير ، تعدى بالانعقاد سببا يستوجب التضمين ، سواء كان ترتب
ذلك الضرر عن طريق المباشرة أو التسبب .
ويكون بطريق المباشرة اذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعن
آخره ، أو كما تقول المجلة : " الاتلاف بمباشرة " هو اتلاف الشيء
بالنذات " كقطع الشخص أشجار غيره أو كسر انائه .
ويكون بطريق التسبب اذا فصل بينه وبين الضرر فعل آخر ، أدى
اليه ، فكان علة لوقوع الضرر ، أو كما تقول المجلة : " الاتلاف تسببا
هو التسبب لتلف شيء " يعني احداث أمر في شيء يفضي الى تلف شيء
آخر على جرى العادة (١) " كما سيأتي تفصيله .
وأما الفعل الضار السلبسي ، فهو فعل نفسي ، لاحسي مادي ،
بمعنى الكفا والامتناع عن الفعل ، وفي انعقاده سببا للتضمين شرعا
خلاف بين القهها

(١) المجلة المادة ٨٨٢ - انظر ماورد في جامع الفصولين من
صورة المباشرة والتسبب في الاتلاف ج ٢ ص (١٢) - ص ١٢٢

فذهب بعض الفقهاء الى أنه ليس سببا للتضمن شرعا ، وهو مذهب الحنفية والشافعية (١) وذلك ، كمن رأى مالا لغيره يحترق ، وكان في وسعه انقاذه ، ولم يفعل ، فانه لا يضمن لأنه ليس مباشرا ، ولا متسببا ، ولا تضمن الا عن طريقهما .

هذا والامتناع امر سلبي عديم ، والمباشرة والتسبب لا يكونان الا بأمر وجودي وقوي ، وأيضا لا يؤخذ الله تعالى على الفعل النفسي مجردا حتى يخرج الى حيز الوقوع .

وخالف في هذا الحنابلة والمالكية (٢) وسندهم في هذا ، أنه ترك واجبا ، وهو انقاذ مال أخيه السلم ، مع قدرته على ذلك ، فأدى امتناعه عن اداء الواجب ، الى تلف المال المحترق ، تسببا ، فيكون — مسئولا وضامنا ، كمن وجد لقطعة في الطريق ولم يلقطها ، وهو يعلم أنها اذا تركت تلتفت ، كان ضامنا ، فكذا هذا ، ولأنه ضرب من التسبب في تضييع المال ، وهو ما نرجحه (٣) .

التعدى (٤)

قلنا أيضا ، أن "التعدى" في اصطلاح الفقهاء ، لا يعني

(١) البدائع ج٢ ص ١٦٤ تبين الحقائق ج ٦ ص ١٤٣ ص ١٤٦

نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥١ وما يليها .

(٢) كشف القناع ج ٢ ص ٣٦٢ وما يليها — بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٢

وما يليها لابن رشد — الفروق ج ٢ ص ٢٠٥ للقراني .

(٣) راجع الضمان ص ٨٢ ص ٨٣ للشيخ علي الخفيف .

(٤) يطلق المالكية "التعدى" على نصب المنفعة اما الاستيلاء على العين عدوانا فيسقى عندهم غضبا — راجع الههجة شرح التحفة

ج ٢ ص ٣٤٤ — وص ٣٥١ للتسولي .

التعمد أو القصد ، وإنما يعني دون وجه حق أو المجاوزة الى
حق الغير ، أو عدم الجواز الشرعي (١) أو العدوان ، كما يعني الإضرار
والتعدي فالفعل الضار يكون موجبا للضمان ، إلا اذا وقع بغير وجه حق ،
وقد استقر قاعدة في الفقه الاسلامي مؤداها أن " الجواز الشرعي
ينافي للضمان (٢) " .

وعلى هذا ، فلو حفر بئرا في الطريق العام دون اذن ولي الأمر
وقعت فيها دابة فنفتت ، ضمن الحافر ، لأنه تسبب في هذا الضرر
تعديا وبدون وجه حق ، بخلاف مالو كان الحفر باذن من ولي الامر .
ومن ذلك ، مالو نشب حريق في دار فهدمها الجار دون اذن صاحبها
قطعا لامتداد الحريق الى داره ، وبدون اذن ولي الامر ، ضمن
، لأنه مباشر للاتلاف ، على وجه التعدي (٣) .

ونرى أنه اذا تعذر استئذان صاحبها ، لغيبته ، أو تعمس استئذان
السلطات أو تقاعس عن ادائها الواجب في الوقت المناسب كان له أن -

(١) الموجبات والعقود - ج١ ص ١٧٤ - للمحصاني .

(٢) المجلة / المادة / ٩١

(٣) المادة ٩١٦ من المجلة . على ان قاعدة " الجواز الشرعي

ينافي للضمان ليست على اطلاقها ، بدليل ضمان التعسف

والفعل التعسف في استعماله ، جائز بالنظر الى اصل

تشريعه ، ومع ذلك يضمن المتعسف ما ترتب على فعله من

نتائج ضرورية لاحقة بالغير اذا كانت على قدر معين من الجسامة

ولو بدون قصد ، لذا كان لا بد من تصحيح منطوق هذا لقاعدة

فيقال : الجواز الشرعي المقيد ينافي للضمان .

يهدمها (١) ، ولا ضمان/انقاذا لحقه ، ولأن واجبا عليه شرعا ، ألا
يتمسبب في ضياع ماله دون مقصد شرعي ، ألا ترى أنه لو رأى مال غيره
يحترق ، وكان بإمكانه انقاذه ولم يفعل ، كان ضامنا ، لتركه واجهبا
كما قدمنا ، فأمواله أولى .

ويورد الامام السرخسي صوراً من الافعال الضارة تعد بها ودون جواز شرعي
ويتمسبب فاعلها في وقوع اضرار بالغير ، ومن ذلك " اذا وضع الرجل
في الطريق حجرا ، أو بنى فيه بناء ، أو أخرج من حائطه جذعا ، أو
صخرة شاخصة الى الطريق ، أو اشرع كثيفا ، أو حياضا ، أو ميزابا ،
أو وضع في الطريق جذعا ، فهو ضامن لسا أصاب من ذلك ، لأنه
"سبب" لهلاك ما تلف بما أحدثه ، وهو متعمد في هذا التسبب ،
فانه أحدث في الطريق ما يضر به المارة ، أو يحول بينهم ، وبين المرور
في الطريق الذي هو حقهم (٢) ، والتعمد كما قلنا شرط للتضمين
فاذا انتفى الشرط انتفى المشروط ، اذ لا يترتب على الجواز الفرعي
- في الاصل - ضمان ، للمنافاة . هذا ، ولا ينظر في " التعمد "

(١) هذا اذا تعين الهدم طريقا الى انقاذ داره ، والا فان امكن
انقاذها بقطع امتداد الحريق اليها ، بالاطفا ، وجب المصير
الى ذلك ، والا كان ضامنا بالهدم ، على أى حال ، لعدم الضرورة ،
ومن قال بالتضمين ربما اعتمد على قاعدة : (الاضرار لا يبطل حق الغير)
ويجاب عن هذا ، أن الخلاف بين الفقهاء جار في اصل القاعدة نفسها
فلا يكون الاختلاف عن باس تحقيق المناط .

(٢) البسوط ج ٢٧ ص ٦ - وراجع الموجبات والمكثور - للمحصاني
ج ١ ص ١٧٥ .

بمصرط للتضمين في التلغات المالية ، الى التعمد ، فالتعمد والخطأ
في ذلك سواء ، بل انتفاء التمييز او الارادة اصلا ، لا يخل بمبدأ التضمين
لأن الشريعة تقيم الضمان على التعمد وضما ماديا للمحل (١) ولم
تعتبر أيا من العناصر الذاتية ، كالادراك أو التمييز ، أو الارادة ، أو
القصد والتعمد ، أو الخطأ مناطا للضمان ، كما اسلفنا .
هذا ، ولا حجر في الجوارح فيما يتعلق باتلاف الاموال (٢) . وعلى
هذا ، فالصغير غير المميز ، كالكبير البالغ العاقل المدرك في مسئولية
التضمين عما ترتب على افعاله الضارة من اتلاف لمال الغير ، وكذلك
المجنون ، والمعتموه والنائم ، فيما لو انقلب على مال - اثنا نومه -
فأتلفه لأن الضمان ليس من باب العقوبة التي يشترط فيها القصد والارادة
بل من باب الجبر والتعويض المالي ، كما قدمنا والقصد بانتفاء الاهلية
هنا ، هو اهلية الاداء ، والا فان اهلية الوجوب شرط ، لأنها مناط الانسان
وقيام الذمة في ثبوت الحقوق لصاحبها وعليه ، والا فان انتفاء الاهلية
وجوبا وأداء ، لا ضمان معه كالحيوان ، لأن جرح العجماء جبار .
هذا ، واعتبار العمد والخطأ في التعمد في الانفس لاني الاموال (٣)

(١) مذكرة في المسئولية التصيرية - مقررة على الصف الرابع فسي

كلية الشريعة - للدكتور محمد فوزي فيض الله .

(٢) المحجور - سواء كان عاقلا أم مجنونا أم صغيرا غير مميز اذا

اتلف ما لا ضمن اذ لا حجر في افعال الجوارح فالاعذار لا تؤثر
في عصمة المال .

(٣) وللعمد والخطأ في التعمد أثر في الاثم الاخرى وعدمه فيما

يتعلق بالاتلاف المالي ، لاني الحكم الديني ، اذ التعمد

وفي الاثم الاخرى وعدمه .

وهي هذا ، فلا حرج في افعال الجوارح ، والاعذار من الجنون

والصغر وانتفاء التمييز وما اليه لا يؤثر في عصمة المال .

معيار التعدي بمعنى الاهمال والتقصير :

قلنا أن التعدي هو المجاوزة الى حق الغير ، أو العدوان على ماله

اتلوا دون وجه حق . وأما فيما يتعلق بالتقصير والاهمال فقلنا

الاحتراس ، فان الضابط هو مخالفة السلوك المألوف للرجل العادي .

ومن المقرر عند أصحاب القواعد ، أن كل ماورد به الشرع مطلقا ، ولا

ضابط فيه ولا في الفقه يرجع فيه الى العرف (١) .

الاستثناءات من قاعدة التعدي :

استثنى الفقهاء من قاعدة التعدي فلا يعتبر الفاعل معتديا ،

في حكم الشرع ولو تحقق فيه مناط التعدي ظاهرا للحالات الآتية :

١ - حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال ، أو العرض

٢ - حال الضرورة

٣ - حال تنفيذ أوامر ذي الولاية الخاصة ، أو العامة (٢)

* يوجب الضمان في كليهما ، فالتمييز والادراك والقصد ، ليس

شرطا في ايجاب الضمان المالي كما اشرنا ، لأنه تعويض وجبر

عن مال متلف وليس عقوبة زاجرة ، كما في العدوان على النفس

(١) الاشباه والنظائر - للسيوطي .

(٢) ولا يتسع المقام للتفصيل .

المبحث الثاني

الضرر

الضرر هو علة الضمان ، والفعل الضار بشرط التعدى سبب (١)
هذا ، والضرر مطلقا يوجب التضمين ، ولا يشترط في الفاعل الذى احدث
القصد او التعمد ، أو الادراك والتمييز * كما قدمنا .
فالصغير غير المميز ، والمجننون ، والمعتوه والمخطئ ، والناسم
والناسي ، كل اولئك اذا اتلف مالا للغير ، وجب عليه الضمان فسي
ماله لأن الضرر في ذاته علة للتضمين شرعا ، بل يحكم بالتضمين على
من لم يحدث منه فعل نشأ عنه الضرر ، كالتلف الذى يحدث في مال هو
في يد ضمان ، لما ذكرنا من ان الشريعة ، اعتبرت الضرر مطلقا ، علة
في تشريع حكم التضمين ، فإذا وجدت العلة (الضرر) وجد المعلول
وهو الحكم حتما ، اثرا للعلة ، وهو التضمين فكان ذلك الحكم (٢) من
خطاب الوضع لا من خطاب التكليف ، وهو مذهب الجمهور ورأى عند
المالكية (٣) وإذا كان الضرر علة في حكم التضمين كان ركنا بحيث
إذا انتفى الضرر انتفى الضمان ، ولو باشر الفاعل فعلا ضارا من شأنه
أن ينشأ عنه الضرر ، أو تسبب في احداث ذلك ولكن الضرر لم يقع .

١) فرق بينا سبب والعلة ، فالسبب طريق موصل الى الشيء ولكن

من غير تأثير ، بخلاف العلة ، فانها مؤثرة بجعل الله تعالى

او هي ما يكون حصول الشيء عند اثرا له .

٢) أى الحكم بالتضمين . (٣) الخرقي ج ٦ ص ١٥١ القوانين الفقهية .

ص ٣١ لابن جزى وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٢ .

وعلى هذا اذا ذبح شاة لغيره لا ترجى حياتها لم يضمن قيمتها ، لعدم الضرر ، وان باشر فعلا ضارا بل قد أفاد صاحبها ، ان لو تركها دون ذبح وهي مشرفة على الهلاك ، لتلفت ، فكان في الامتناع عن ذبحها تسبب في الاضرار بصاحبها ، اتلوقاً فيضمن في بعض المذاهب لأنه ضرب من التعدي في صورته السلبية ، كما بينا (١) الا اذا كان احتراق المال على مشهد من صاحبه ، ان يسقط الواجب على غيره في اتقائه / هذا وقد قلنا ، ان فيصل التفرقة بين الفعل التعسفي ، وبين الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية ، ان الاول يشترط فيه أن يكون ما أدى اليه من " ضرر " فاحشا أو ارجحاً ، لتثور المسؤولية التعسفية ، ذلك لأن الفعل التعسفي في أصله مشروع ، بخلاف الفعل الضار ، فان الضرر الذي هو علة التضمن يوجب ولو كان يسيراً ، لأن الفعل الضار في أصله غير جائز أصلاً .

تعريف الضرر :

عرف بعض الفقهاء الضرر بأنه كل خسار في المال ينشأ عن نقص فيه أو في منفعته ، أو زوالها مع أصلها جملة أو زوال بعض أوصافه ما يؤثر في قيمته ، وعلى هذا ، فالانلاف أو الضرر قد يكون جزئياً وقد يكون كلياً (٢) والاول انساد والثاني استهلاك .

(١) مجمع الضمانات ص ٣٠٨ و ص ٣٦٠ - القواعد ص ٢٢٢ لابن

رجب (٢) الضمان ص ٨٢ - للشيخ علي الخديف .

(٣) القواعد ص ٢٢٢ لابن رجب مجمع الضمانات ص ٣٠٨ .

أنواع الضرر :

والضرر على نوعين :

١ - مادي أو مالمسي

٢ - معنوي

أما الضرر المادي ، فما يصيب مال الانسان ، فيتلف بعضه ، أو يصيبه بتعيب ينقص قيمته ، أو يذهب بالمال كله ، أصلاً ومنفعة فيجب التعويض على صاحبه بالمال بقدر التالف ، ليحل مال مكان مال ، جبراً وتعويضاً ، ولهذا وجب التعويض بالمثل الكامل ليكون الجبر من كل وجه ، بصورة ومعنى ، ولا فيجب المساواة التامة من حيث المالية وهي القيمة .

وأما الضرر المعنوي ، فمن مثل ما يصيب الانسان في شرفه وعرضه من الاذى كما في القذف والسب ، أو من ائذاً للشعور ، أو امتهان في المعاملة ، وهذا لا يخضع لقواعد التعويض في الفقه الاسلامي التي تقتضي بأن يميل مال محل ائلف وانما يترك تقدير التعويض المالمسي لقوة للحاكم ، والاصل عدم التضمين فيه ، الا ان بعض الفقهاء قالوا بتعويض الالم (١) اذا لم يحدث أثراً والخلصة : أن تحقق الضرر المالمسي

(١) على أن التعزيز بالتغريم المالمسي عقوبة لا يدخل في موضوعنا

لأنه ليس من باب التعويض عن مال ائلف - وأما التعويض عن

الالم فقال: أبو يوسف الموجهات ج ١ ص ١٤٢ .

بالمضروور هو مناط التضمين المالي تعويضا اثرا لنقص في المال أو في منفعته ، أو في قيمته ، أو قيمته بعضه ، أو لزوال المنفعة كلها التي كانت تطلب منه عادة ، وهذا الضرر الكلي والجزئي قد يحدث عادة نتيجة المباشرة ، أو التسبب (١) كما أشرنا .

المبحث الثالث

الافضاء او علاقته السببية بين الضرر والتعدى

لاتنهدض المسؤولية أو يحكم بالتضمين الا بعد تحقق العالقتين الفعل الضار ونتيجته من الضرر ، اما عن طريق المباشرة أو التسبب وهي وان كانت شرطا يتوقف عليه الحكم بالتضمين ، غير أن الشرط يعتبر من الاركان عند جمهور الفقهاء خلافا للحنفية وبانتفاء هذه العلاقة ينتفى الحكم بالضان .

ويقصد بالعلاقة " التلازم " الذي لا انفكاك له بين السبب وبين ما أدى اليه من نتيجة أو بين العلة ومعلولها عند انتفاء المانع ، وهذا التلازم هو ما يطلق عليه الافضاء .

أما السبب ، فهو الفعل الضار على وجه التعدى ، وأما النتيجة فهي الضرر ، وليس من معنى التعدى التعمد أو القصد ، بل المجاوزة أو عدم الجواز الشرعي .

(١) نص الفقهاء على ما يتحقق به الضرر في الاموال بالاتلاف ومعناه اخراج الشيء " عن أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة وهو اما ان يكون تاما ويسى الاستهلاك كقتل الحيوان أو حرق الثوب أو كسر الفخار وما الى ذلك واما ان يكون ناقصا ويسى الانسداد كما في حرق الثوب ، أو قطع رجل الداية أو ما شبهه — الهدايع ج٧ ص ١٦٤ المحصاني — الموجبات ص ١٧٠ القوانين للقهية ص ٢٢٦ ابن جزى .

أما معنى التلازم الذي هو الانقضاء فهو كون النتيجة لا تختلف عن سببها
أو ان المعلول لا يختلف عن علته ، عادة يجعل الله تعالى •
الفرق بين السبب والعللة

السبب ما كان موصلا الى السبب من غير تأثير بخلاف العلة ، فهي
ما شرع الحكم عنده اثر له •

فالعلة تؤثر في الحكم ، لان الشارع اعتبرها أساسا في تشريع الحكم
لأنها مظنة للحكمة أو المصلحة ، ويرى الاصوليون أن السبب الحقيقي
لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة فيضاف الحكم عندئذ الى العلة دون
السبب اذ ايجاد العلة يطلق عليه " المباشرة " وايجاد السبب يطلق
عليه " التسبب " والمباشرة يجب تقديمها على التسبب اذا اجتمع
تبعا للتأثير في الاول دون الثاني ولستفقر هذا قاعدة عامة في الفقه الاسلامي
مؤداها أنه : " اذا اجتمع المباشر والمتسبب ، أضيف الحكم للسي
المباشر (١) •

هذا ، وتقدير المباشرة على السبب ، انعقد عليه الاجماع (٢)

فيضاف حكم التضمين الى المباشر دون المتسبب •

- (١) الاشياء والنظائر ص ٦٤ - ابن نجيم • المجلة / المادة - / ١٠٧
- (٢) جاء في قواعد ابن رجب مانعه : " اذا استند ائتلاف أموال الآدميين
ونفوسهم ، الى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون التسبب
الا ان تكون المباشرة مبينة على السبب " القاعدة ١٢٢ - ص ٢٨٥
- وانظر في هذا المعنى الاشياء والنظائر للسيوطي ص ١٠٩ الفروق
للقرافي ج ٢ ص ٢٠٨ المجلة مادة ٩٢٥ - تبين الحقائق ج ٦
ص ١٤٢ وما يليها •

المباشرة والتسبب

قلنا أن الائتلاف أو الضرر هو علة الحكم في التضمين ، غير أن التلف قد يحصل عادة بطريق المباشرة أو التسبب .

والمباشرة هي اتصال الفعل الضار ذاته بالمال ، فينتقله ، أو هي إيجاد علة الائتلاف ، دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر ، فهذا ضرر مباشر ، ولا خلاف في تضمين من باشره وأحدثه ، وذلك لأن فعله علة التلف بدليل نسبته إليه ، كاحراق الزرع ، أو قطع الشجر ، أو هدم البنيان ، أو قتل الحيوان ، أو احراق المتاع ، أو تمزيق الثوب وليس أى من الاهلية ، أو التمييز ، أو الادراك ، أو التعمد شرطا في حكم

(١) وهكذا ترى أن معنى الضمان في ائتلاف المال هو جبر النقص ، لاقضية الزجر ، أو هو بدل مال ، لاقضية أفعال ، ولذا لا حجز على الصبيان ومن اليهم من عديمي الاهلية ، في أفعالهم بسل الحجز عليهم في تصرفاتهم القولية ، كالعقود لأنهم ليسوا أهلا للالتزام والالتزام فيها ، لانثقاء اهلية الاداء لممارسة العقود والالتزامات بخلاف الجنائيات على النفس ، فانها تعتمد القصد والارادة في الجزاء وهذا مفقود في عديم الاهلية لأن حكمها العقوبة الزاجرة ، لا التعويض الجابر .

— ويقول صدر الشريعة في هذا الصدد : " الحجر في الحكيمات ، لاني الحسيات " هذا وقد ورد في القرآن الكريم حكم قتل المؤمن خطأ ، من تحرير رقبة ، ودية مسلمة ، كفارة فهل الكفارة جابرة أم زاجرة والارجح كونها زاجرة .

التضمين ، لما قدمنا من أن التشريع الاساسي ، قد رتب الضمان على التعدى وضعا ماديا للمحل ، فكان حكما وضعيا لا تكليفيا ، بأن وضع الله تعالى شيئا علة لشيء آخر ، بحيث يستلزم وجودها وجود - الحكم الذي بني عليها ، لأنها معتبرة في تشريعها .
وعلى هذا ، فالمباشرة بالاتلاف (١) اتصال الفعل الضار ذاته بسجل الضرر من المال دون أن يتوسط فعل آخر ويحدث فيه تلفا أو ضررا بحيث ينسب هذا الفعل عادة الى فاعله الذي باشره او هي ايجاد علة التلف (٢) كما ذكرنا .
أما التسبب ، فهو اتصال " أثر الفعل " بسجل الضرر وهو المال لاذات الفعل وحقيقته فيوصل ذلك الى تلفه وذلك بأن يحدث أخذ أمرا في شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جرى العادة .

-
- (١) عرفت المجلة الاتلاف مباشرة بأنه : " اتلاف الشيء بالذات مادة ٨٨٢ - اما الاتلاف تسببا فقد عرفت به انه احد اثار امر في شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جرى العادة المادة ٨٨٨ .
(٢) او بعبارة اخرى الاتلاف مباشرة هو الذي لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال ، فعل آخر - درر الاحكام شرح مجلة - الاحكام ج ٢ ص ٤٥٢ لملي حيدر - شرح المحامي فهني الحسيني الاشياء والنظام ج ١ ص ١٩٦ .

هذا ، والاتلاف مباشرة أوضح من ان يفتقر الى مثال ، فقطع الاشجار
في ملك الغير دون وجه حق ، اتلاف مباشرة بخلاف ما اذا كان باذن
المالك ، حيث يعتبر اتلافا مباشرا بحق ، فيضمن في الحال الاولى
دون الثانية ، وكذا لو هدم جدارا لغيره دون وجه حق ، أو احرق
زرعه .

أما الاتلاف تسببا ، فمن مثل أن يحفر أحد حفرة في الطريق
العام فيسقط فيها حيوان أو تلقي به الريح فيها ، فيتلف ، ضمن
الحافر لتعديده بالحفر ، وتسببه في الاتلاف ولنسبة الاتلاف اليه
عادة سواء بسقوط الحيوان من تلقاء نفسه ، أو بفعل الريح .
أما انه متعدد ، فلأنه حفر في الطريق العام ، وهو حق العامة
ودون اذن من يمثلهم ، وهو ولي الامر أو نوابه ، وأما أنه متسبب
فلأن الحفر سبب موصل الى ذلك التلف ، على جرى العادة .
هذلك اجتمع التسبب والتعدي فيترتب على ذلك حكم التضمين بخلاف
ما اذا حفر احد حفرة في أرض يملكها ثم سقط فيها حيوان لغيره ،
فتلف فانه لا يضمن ، لأنه وان كان متسببا لكنه غير متعدد ، والمتسبب
لا يضمن الا اذا كان متعديا .

هذا ، ويشترط في ضمان الاتلاف تسببا الا يتخلل بين فعله وبين
الاتلاف ، فعل مختار مباشر وذلك لأن المباشرة أو العلة مقدمة على السبب
في الحكم لكونها مؤثرة في الحكم دون السبب كما ذكرنا ، ومن هنا كان
تقديم المباشرة على التسبب لرجحان العلة بالتأثير المباشر ، دون السبب
لأنه طريق موصل الى السبب ولكن دون تأثير .

إذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم الى المباشر :

فلو حفر شخص حفرة في الطريق العام ، فجاء آخر واقسى فيها حيوانا أو متاعا فأتلفه ، كان الدافع هو الضامن دون الحلق لمباشرة الاول وتسبب الثاني ، ولأن الفعل الضار ، وما ترتب عن تلف ، ينسب عادة الى الدافع (١) .

هذا ولو دل شخص لصا على مال فسرقه ، فالضامن على السارق لأنه مباشر دون الدال لأنه متسبب (٢) .

وعلى هذا ، تقدم المباشرة على التسبب إذا تعارضا واجتمعا لقوة الاول بتأثيره ، لانه علة الاتلاف والعلّة هي اساس الحكم بالتضمين .
أساس التفرقة بين المباشرة والتسبب في الحكم :

ان التفرقة بين المباشرة والتسبب أساسها أن الاولى قوامها اتصال الفعل الضار ذاته بمحل الضرر ، وهو المال ، كما بينا ، فكان علة مؤثرة في الاتلاف ، وهذه العلة من الظهور بحيث لا تدع حاجة الى

(١) المادة ٩٠ من المجلة - الاشياء والنظائر ص ٦٤ لابن نجيم

وللسيوطي ص ١٠٩ وقواعد ابن رجب - ص ١٢٧ و ص ٢٨٥

- الفروق ج ٢ ص ٢٠٨ للقرافي المجلة - المادة ٩٢٥ .

(٢) وهذا على رأى بعض الفقهاء ، ويرى فريق آخر الضمان عليها

كما سيأتي ، استثناء ، لأن الدال هنا يعتبر مساهما في

الفعل الضار .

النظر الى فاعلها ، وقصده أو تعبده لأن الفعل الضار المباشر
ينصب الى فاعله عادة لاحدائه اياه ، فلا مناص من الحكم عليه بالتضمين
لذلك ، وجوبا .

وهذا بخلاف التسبب ، لأن فعله لا يتصل بذاته بسجل الضرر
كالمباشر ، بل بأثره ، على ما فصلنا ، لذا ، لم يكن تسببه فسي
احداث الضرر ظاهرا ظهور المباشرة ، ولا قويا قوتها ، اذ المفروض
أنه عند اجتماعهما ، قد تخلل بين تسببه وبين التلف أو الضرر فاصل
هو فعل مختار مباشر ، أحدث الضرر ، فالضرر اذن قصد
تراخى حدوثه عن التسبب ، ولكنه حدث اثر المباشرة ، فكان السبب
مجرد سبيل موصل الى الضرر ، غير مؤثر ، بخلاف المباشرة فانها علة مؤثرة
في احداثه ، ودون تراخ ، أو بعبارة اخرى ، أن سببيه فعل التسبب
للضرر أضعف وأخفى من المباشرة ، ومع هذا الضعف والخفاء النسبي
لا يرتفع الى مستوى المباشرة من حيث القوة والظهور ، بدليل نسبة
الفعل أو الضرر الى المباشرة عادة دون التسبب . لذا ، قدمت
المباشرة على التسبب عند اجتماعهما ، وأضيف الحكم بالتضمين السني
المباشر دون التسبب وهذا بالاتفاق بين المذاهب ، لوجود مسوغ الترجيح
عند تعارضهما ، وهو قوة المباشرة وظهورها ، في احداث الضرر ، -
فالفارق واقعي كما ترى .

غير أنه اذا ارتفع التسبب الى مستوى المباشرة في بعض الحالات
من حيث القوة والظهور ، حتى كان السبب في معنى العلة المؤثرة اضيف
حكم التضمين الى التسبب وحده أو اليهما معا على السواء ، لانتفاء

سبب الترجيح ، استثناءً من قاعدة تقديم المباشر على التسبب
وهو ما تناوله بالبحث حالا .

الحالات المستثناة من قاعدة تقديم المباشرة على التسبب

يستلخص مما سبق ، أن قاعدة تقديم المباشرة على التسبب المتفق
عليها ليست على إطلاقها ، بل مقيدة بألا يصبح السبب في معنى
العلة ، من حيث القوة والاشتر ، والظهور ، وهو ما أشار إليه ابن
رجب في قواعد ، بأن تكون المباشرة مبنية على السبب ، وناشئة عنه
سواءً كان الفعل المتسبب ملجئاً إلى المباشرة أولاً من ذلك ، ما إذا
حكم القاضي بما لا آخر فذهب به ، بناءً على شهادة شهود ، ثم رجعوا
عن شهادتهم ، فالضمان على الشهود المتسببين وخدمهم لأعلى القاضي
المباشر للاتلاف للأسباب الآتية :

١ - لأن الشهود قد الجأوا القاضي إلى الحكم الذي هو
علة الاتلاف .

٢ - أن ليس في عمل القاضي تعدد ، وهو شرط في حكم
التضمين .

٣ - أن التعدي مع التسبب كانا متواترين في الشهادة
أما التسبب ، فظاهر وأما التعدي ، فللرجوع ، أو
التزوير ، ثم الجاء القاضي إلى الحكم بشهادة زور .

لذا ، كانت المباشرة كما ترى مبنية على التسبب ، وكان ظهور التأثير
وقوته في الشهادة لاني قضاء القاضي ، فارتفعت إلى مستوى العلة
من حيث الظهور وقوة التأثير ، فكانت في معنى العلة ، بل العلة وهي

المباشرة مبنية عليها .

وهذا القيد قد استقر في فقه الحنفية والمالكية في الجملة
ايضا (١) حيث قالوا يضمن السائق والراكب والاول متسبب والثاني
مباشر لما وطئته الدابة فاتلفته ، كما قالوا يتضمن الحافر
حفرة في طريق لحيوان يعلم انه يمر فيها ، ومن ارداه فيها ، اذ
القصد الى الاتلاف من المتسبب جعله بمنزلة الدافع فالضمان على
المباشر والمتسبب كليهما .

كذلك قالوا بتضمن من أمسك شخصا لظالم ، لياخذ منه ماله
من النقود بعد نراه ، فالضمان عليهما لأن المتسبب يتعديه ، وقصده
الى اتلاف المال ، ارتفع الى مستوى المباشرة أو اعتبر مساهما في الفعل
المباشر (٢) .

وهكذا ترى أن الضمان قد يلزم به المتسبب وحده ، او مع

المباشر .

شروط الضمان :

قدمنا أن الضرر أو الاتلاف المالي هو علة الحكم بالتضمن ، ولا
تحقق لهذا المناط الا في مال متقوم مملوك ، وهذا هو الشرط الاول .

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ١٥٠ - مجمع الضمانات ص ١٢٢

الشرح الكبير - ج ٣ ص ٣٤٤ - وج ٢ - ص ٢٤٤ وما

يليهما .

المراجع السابقة - ولا يتسع المقام للتفصيلات
الواسعة .

فلا ضمان اذن اذا كان المتلف ليس مالا أصلا ، كالميتة والدم
أو ليس مقوما ، كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ، أو ليس مملوكا
لأحد كالمباحات .
أما المنافع ، فان غصبها لا يوجب تضمين غاصبها عند الحنفية ،
لكونها ليست مالا مقوما عندهم
فلا يتحقق فيها معنى التعدي ، خلافا للجمهور الذين يرون أن التعدي
عليها يتحقق في التعدي على مصادرها أو الحيلولة بين صاحبها ، وبين
الانتفاع بها بأي حائل ، أو باخراجه من مصادرها ، وما الى ذلك
والحيلولة نوع من التعدي ، وحجة الجمهور ، أنها تقابل بالمال في عقد
الاجارة ، وتختلف قيمتها باختلاف الزمان ، والمكان ، والبيئات ، كالأعيان^(١)
فتضمن بالتعدي .

الثاني : أن يكون الفعل الضار واقعا على سبيل التعدي ، بمعنى
المجاوزه الى حق الغير ، أي دون جواز شرعي ، أو دون اذن من المالك
بالاتلاف ، ولا يعني التعدي ، التعمد والقصد ، أو توفر عنصر
التمييز والادراك في المتعدي سواء أكان الاتلاف بطريق المباشرة أو التسبب .

(١) قد فصلنا القول في مالية المنافع في بحثنا في حقوق الابتكار
في الفقه المقارن .

— هذا وقد استثنى الحنفية ، منافع الموقوف للسكنى أو
للاستغلال ، ومنافع ملك اليتيم ، ومنافع المعد للاستغلال
فان منافع هذه الاعيان مضمونه بالتعدي .

الثالث : أن يكون الضرر واقعا بطريق المباشرة أو التسبب

دون غيرهما ، وقد فصلنا القول فيهما •

الرابع : ألا يكون الفعل الضار واقعا بأمر ممن له الولاية

على فاعله فيما له حق الامر فيه ، كأمير الرئيس بالنسبة لمرؤوسه
الموظف •

الخامس : ألا يكون الاتلاف ناشئا عن الدفاع الشرعي عن النفس

وهذه هي مسألة الصائل المعتدى كاتلاف سلاحه ، وكراعاه

ودابته ، وسائر أدواته ، وكذلك اتلاف أدوات الباغي وسلاحه •

السادس : ألا يكون الاتلاف بحكم الشرع ، على سبيل التفرغ

بالمال عقوبة ، من مثل كسر دنان الخمر إذا اقتضت اراقتها ذلك

أو كان بأمر من له الولاية ، تغليظا للعقوبة •

هذا والشرط الرابع والخامس والسادس من الاستثنيات من قاعدة التضمين •

المبحث الثالث

الفرق بين ضمان العقد و ضمان الاتلاف ويد الضمان :

ضمان العقد في الفقه الاسلامي — انما يعني التعويض المالي عن عين مالية تلفت قبل تسليمها الى مستحقها ، في يد من التزم بذلك بموجب عقد ، وعلى هذا ، فان ضمان العقد لا يكون — كما يقول الميوطي — الا في عين معينة في صلب العقد ، كالبيع ، أو الثمن اذا كان عينيا معينة في عقد البيع ، أو الاجرة اذا كانت عينيا معينة في عقد الاجارة ويدل — الصلح اذا كان عينيا كذلك •

هذه الاعيان المنصوص عليها في صلب العقد ، تعتبر مضمونةً ضمان
عقد على من وجب عليه تسليمها للطرف الآخر ، بموجب العقد ، اذا تلقت
قبل التسليم .

ويختلف ضمان الائتلاف عن ضمان العقد ، فيما يتعلق بأساس -
التعويض فيهما ، أن الاول يقوم على المثلية ، صورة ومعنى ، أو
المثلية معنى وهي القيمة ، والمثلية انما تعني المساواة او المعادلة
والتكافؤ بين العوض والمعوض عنه ، ذلك لأن الفعل الضار يرد على
العين وعلى أوصافها كذلك ، فوجب مراعاة كل ذلك في التقدير
وهذه هي المماثلة التامة ، بخلاف ضمان العقد فإنه يقوم على اساس
التراضي ، والمقصود فيه الربح فقد يقع فيه التفاوت بين البديلين ،
لذا ، فلا اعتبار للمساواة والمماثلة ، ولا تراعى اوصاف التالف عند
تقدير التعويض المالي .

أما تأخير تنفيذ الالتزام ، فيما اذا كان محل العقد او محل
الالتزام عملاً كالأجير المشترك او الخاص ، او تسليم الببيع الى المشتري
عند ادائه الثمن ، فلا يقابل هذا التأخير بتعويض مالي في الفقه
الاسلامي ، اذ التعويض المالي شرعاً ، انما يعني قيام مال بدل مال
اتلف وتأخير التنفيذ ليس بمال ، فلا تعويض فيه ، لأنه ضرب من اكل اموال
الناس بالباطل وعلى هذا ، فالمسئولية العقدية في القانون لاتعني ضمان
العقد في الفقه الاسلامي .

وعلى هذا ، فضمان العقد انما يترتب اثره لازماً لحكم العقد ،
ذاته ، اذ وجوب تسليم العين البيعة مثلاً التزام ناشئ عن العقد

والضمان أثر يلزم عن هالكه العين قبل تسليمها • فليس
ضمان العقد اذن حكما ناشئا عن العقد نفسه •
أما ضمان اليد • فهو تعويض مالي عن عين تلفت في يد ضمان
لايد أمانة • بسبب لايد لصاحب اليد فيه (١) • ويراعى
في هذا التعويض المثلية الكاملة او القيمة التامة للتالف •
على نحو ما تقر في ضمان الاتلاف • وبهذا تبين حكم الضمان
في كل من ضمان الاتلاف • وضمان اليد • وضمان
العقد •

(١) المرجع السابق •

الباعث وأثره في التصرفات والعقود فسي
الفقه الاسلامي

كان للفقه الاسلامي فضل السبق في ارساء مبدأ " الرضاوية " فسي
العقود " تأسيسا على احترام سلطان الارادة ، قبل أن تعرفه أوروبا
بقرون ، ويقضي هذا المبدأ ، بأن يتم العقد وينتج آثاره بمجرد
اتفاق ارادتين ، دون توقف على شيء من الاجراءات والمراسيم الشكلية .
غير أن هذه الارادة قد يحركها باعث ، لانشاء تصرف هو في ظاهره -
مستكمل لاركانه وشروطه الشرعية ، من توافر الايجاب والقبول ، وأهلية
تامة للعاقدين ، ومحلية للعقد قابلة لحكمه ، لتحقيق اغراض غير مباشرة
تجاوز الحدود الاخلاقية ، أو المصلحة العامة ، أو بعبارة أخرى
تناقض مقاصد التشريع :

فوقاية من تعسف الارادة ، وما يؤول اليه طغيانها من تحقيق
أغراض مشروعة أرست الشريعة فكرة الباعث كقيد يرد على تصرف الارادة ،
أعلى مبدأ الرضاوية ، حتى لاتتناقض مقاصد التشريع فيما تنشي من
تصرفات هي في ظاهرها جائزة ، ولكن في تنفيذها .
- بالنظر الى ما تهدف اليه من غاية نهائية غير مباشرة - ما يمس المصلحة
العامة ، أو يهدم مقاصد التشريع .
تحديد معنى الباعث :

يقصد بالباعث : الدافع الذي يحرك ارادة المنشي للتصرف

الى تحقيق غرض غير مباشر .

والمقصود هنا ، الدافع الى تحقيق غرض غير مشروع ، يجاوز الحدود -

الاخلاقية أو يمس المصلحة العامة أو يناقض مقاصد التشريع ، أو

التحليل على ابطال المصالح الشرعية المعتبرة .

فعمد البيع مثلا من نتاجه المباشرة انتقال ملكية المبيع للمشتري ،
وانتقال ملكية الثمن للبائع ، أما الغرض غير المباشر الذي يمكن أن يكون
باعثا لأحد المتعاقدين ، أو لكليهما فنحو أن يبتغي المشتري اتخاذ
المبيع لتحقيق غرض محرم ، كمن يشتري عنبا ليتخذه خمرا مثلا ، فاتخاذ
عصير العنب خمرا باعث حمل المشتري على انشاء عقد البيع مع البائع ،
وهو دافع - كما نرى - غير مشروع ، لأنه يرمي الى تحقيق غرض يحرمه
الشارع .

هذا ، والباعث - كما هو واضح - أمر ذاتي خفي وخارج عن
نطاق التعاقد لأنه ليس ركنا في التصرف داخلا في ماهيته ، ولا شرطا
يتوقف عليه وجوده ، وإذا كان الباعث أمرا ذاتيا ، فهو متغير ، أي
يختلف باختلاف الاشخاص .

اذن ، يمتاز الباعث بالخصائص التالية : بأنه ذاتي ، وخارج
عن نطاق التعاقد ، وأنه متغير ، وهذه نتيجة لكونه أمرا نفسيا
ذاتيا . وإذا تعددت البواعث فالمعبرة عندئذ بالباعث الرئيسي .
ففكرة الباعث اذن وسيلة لابطال التصرف الذي هو في ظاهره جائز
ويقصد به الوصول الى أغراض وغايات محرمة ، وهو بهذا المعنى ينطبق
على الاحتيال على قواعد الشرع الذي أشار اليه الامام الشاطبي في
تعريفه للحيلة بقوله : " وحقيقتها : تقديم عمل ظاهر الجواز لابطال
حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر الى حكم آخر (١) أي من تحليل

(١) الموافقات : ج ٤ ص ٢٠١ .

محرم أو اسقاط واجب ، وكلاهما مناقض لمقاصد التشريع ، وقد بين الامام الشاطبي هذه المناقضة بقوله : " فمآل العمل فيها خسر قواعد الشريعة (١) .

مكانة الباعث في الفقه الاسلامي

قدمنا أن الفقه الاسلامي ذو نزعة مثالية يقيم للعناصر الخلقية والادبية المقام الأول في تشريعه ، لسبب بسيط ، هو أنه فقه ديني الصبغة . وقد تظاهرت الآيات الكثيرة على توطيد ذلك ، من مثل قوله تعالى :
وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ، وقوله تعالى :
ان الله يأمر بالعدل والاحسان " وقوله تعالى : " قل انما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن ، والاثم والبغي بغير الحق " وقوله تعالى في وصف ماجاء به الرسول عليه الصلاة والسلام من تشريع " يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ، ويضع عنهم اصرهم ، والاغلال التي كانت عليهم .

كل ذلك يقتضي أن يعتد بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها ، فكان الفقه الاسلامي ذا نزعة ذاتية .
غير أنه الى جانب ذلك ينزع نزعة مادية موضوعية ، تعتد بالعبارة الظاهرة في التصرفات ، بمعنى أن تمام التصرف وصحته وترتب آثاره عليه ، كل ذلك منوط بالكيان التعبيري للتصرف الذي نصح عنه العبارة ، ومقتضى هذا النزعة ، ألا يعتد بما هو خارج عن نطاق التصرف — الأمور النفسية الخفية كالبواعث ، وهو بهذا النزعة يقترب من الفقه الجرمانى

(١) المرجع السابق .

ذى النزعة الموضوعية الذى لا يبحث فيما يتعلق بنشأة الالتزام—زام
أوصحته خارج نطاق العبارة المنشئة له ، فلا يبحث عن غايات نهائية
وأغراض غير مباشرة خارجة عن النطاق التعبيرى الفنى الذى هو مظهر
" للادارة ، بل هو الارادة " .

وهذا النظر يضيق مجال فكرة الباعث وأثرها في التصرفات .
وبين استاذنا الدكتور السنهورى هاتين النزعتين في الفقه الاسلامي اذ
يقول : " على الرغم من أن الفقه الاسلامي — تجاه نظرية السبب
ذو نزعة موضوعية بارزة يعتمد بالتعبير عن الارادة دون الارادة ذاتها
أى يأخذ ببداً الارادة الظاهرة لا بمذهب الارادة الباطنة ، حتى كان
أقرب في هذه الناحية من الفقه الجرمانى ، الا أنه من جهة أخرى ، فقه
تغلب فيه العوامل الادبية والخلقية والدينية ، وهذا يقتضى أن يعتمد
فيما للباعث الذى يقاس به شرف النوايا وطهارتها ، فكان ينبغى أن
يكون لنظرية السبب — وهي خلقية في المقام الأول — مكان ملحوظ —
يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني (١) .

وانذا كان الفقه الاسلامي — بحكم كونه ديني الصبغة — ينزع نزعة ذاتية
تعتمد بالباعث والنوايا ، غير أنه لم يضع في أى مذهب من مذاهبه
نظرية عامة للباعث ، ولكنه يورد التطبيقات التفصيلية ، ويمكن عن طريق
تحليل هذه التطبيقات الفرعية وتأصيلها ، استخراج نظريات عامة
كنظرية الباعث مثلاً .

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ، ص ٥٣

• للدكتور السنهورى .

أثر هاتين النزعتين في المناهج الفقهية

لاخلاف بين العلماء في أن الباعث غير المشروع إذا أسفر عنه التعبير في صلب العقد يبطله ، لاقترانه بشرط محظور محرم (١) .
أما إذا لم يتضمنه التعبير ، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ضمنا ، ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء .

فالحنابلية : يعتدون بالباعث ، ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة فإذا تبين أنه غير مشروع - ولو عن طريق القرائن - أبطل الالتزام ولم يترتب عليه أثر ، وبذلك يأخذ الحنابلة بالنزعة الفاتية .

أما الحنفية والشافعية : فقد ذهبوا إلى أنه لا اعتداد بالباعث غير المشروع مادام لم يتضمنه التعبير ، والتصرف صحيح ، بالنظر لسلابة كيانه الفني التعبيري ظاهرا ، من حيث هو تصرف مستكمل لأركانته وشروطه الشرعية .

فوجود التصرف الشرعي ، ووجوب تنفيذه ، منوطان شرعا بصدور العبارة الصحيحة من أهلها في صورتها الدالة عليه ويقولون : ان نصوص القرآن والسنة ، بل وعامة أحكام الشريعة تدل على ذلك .
هذا ، وقد قدمنا أن الحنفية يعتدون بالباعث إذا دل عليه طبيعة المحل ضمنا كما سيأتي .

فهذا الفريق لم يفسح المجال أمام القضاء لتجريد البواعث النفسية ، يحكم على صحتها بصحة التصرف أو بطلانه ، بل يكفي بالعبارة الظاهرة

(١) التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ص ٩٣ للأستاذ الشيخ علي الخفيف .

• أو الإرادة الظاهرة •

ونفصل القول في الباعث من وجهة نظر المذاهب الفقهية :

١ - مذهب الحنفية :

قلنا ان مذهب الحنفية لا يعتمد بالباعث الا اذا تضمنته صيغة العقد صراحة ، أو أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، فمن الأول ما جاء في الزيلعي : " ولا يجوز (الاستجار) على الغناء والنسج والملاهي ، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئاً ، اذ الهادلة لا تكون الا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ، ولو استحق عليه المعصية ، لكان ذلك مضافاً الى الشارع من حيث أنه شرع عقداً موجباً للمعصية ، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً ... (١) •

تطبيقات فكرة الباعث في الفقه الحنفي :

وفي الفتاوى الخانية : " رجل استأجر فعلاً لينزى بسبه ، يجوز ذلك ، ولا أجر فيه وكذا النائحة والمغنية .. وان استأجر لسلم زنياً ، لبيع الخمر أو الميتة أو الدم ، لم يجز ، لوورد النهي من ذلك (٢) •

وفي البدائع : " لا تجوز اجارة الاماء للزنا ، لانها اجارة على

المعصية (٣) •

(١) الزيلعي ج ٥ ص ١٢٥ • (٢) الفتاوى الخانية ج ٢ ص ٣٦٢ •

(٣) البدائع ج ٤ ص ١٩٠ •

وجاء في مختصر الطحاوي " ومن كان له عصير فلا بأس عليه فسي بيعه ، وليس عليه أن يقصد بذلك الى من يأمنه أن يتخذه خمرًا دون من يخاف ذلك عليه ، لأن العصير حلال ، فبيعه حلال ، كبيع ماسواه من الاشياء الحلال ، مما ليس على بائعها الكشف عما سيفعله المشتري فيها ، وانما جاز هذا العقد اذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمنا ان يتخذه المشتري خمرًا ، فالبيع في هذا الحال صحيح ، ولو اتخذه المشتري بعد ذلك خمرًا (١) .

وهكذا نرى المذهب الحنفي لا يعتمد الا بمشروعية محل العقد ، مادام لم يرد في صيغته ، أو لم يمكن أن يستخلص من محل العقد ما يسفر عن الباعث صراحة أو ضمنا .

هذا ، وعلما الحنفية مجتمعون على أنه لا يجوز التعاون على الاثم والمعصية ، ولكن الخلاف بين الامام وصاحبين فيما تقوم به المعصية فالامام يرى أن الباعث مادام لا يوجد ما يسفر عنه صراحة لا يعتمد به ، فليتنظر الى محل العقد ، فاذا اقامت المعصية بذاته فلا يجوز العقد عندئذ ، أما اذا لم تقوم المعصية بعينه ، فيجوز .

أما الصحابان فقد جاوزا المحل ، ونظرا الى الباعث غير المشروع وقالوا بالكراهية كما في التحايل على اسقاط الشفعة ، وكما في بيع العينة .

جاء في الاختيار (١) : وتكره الحيلة في اسقاط الشفعة قبل وجوبها عند أبي يوسف لأنه منع من وجوب الحق ، وتكره عند محمد ، لأنها

(١) المرجع السابق - ص ٢٨٠ .

(٢) الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ٦٨ .

شروع لدفع الضرر ، والحيلة في اسقاط الزكاة على هذا *
تعليل الامام محمد صريح بأن الكراهة للمتعمد ، لأن في اسقاط
الشفعة منافاة لقصد الشارع ، فاذا شرعت الشفعة لدفع الضرر ، فاسقاطها
عن طريق التحايل بأمر ظاهر الجواز يفضي الى الاضرار ، وهو مناقضة
لقصد الشارع ، وكذلك اسقاط الزكاة .

وبوجه عام ، فان المذهب الحنفي لا يقيم كبير وزن للبائع غير
المشروع بعد أن يكون محل العقد مشروعا ، لا تقوم معصية بذاته ، فمن
ذلك ما جاء في الزيلعي :

" وجاز بيع العصير من خمار ، لأن المعصية لا تقوم بعينه ، بسبب
بعد تغيره ، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة ، لأن المعصية تقوم
بعينه ، فيكون اعانة لهم وتسيبا ، وقد نهينا عن التعاون على العدوان
والمعصية ، ولأن العصير يصلح لأشياء كلها جائز شرعا فيكون الفساد الى
اختياره " .

فالنص صريح في أن العبرة بمحل العقد ، وتوافر شروطه أو فواتها
ولا ينظر الى البائع غير المشروع ، ولو قامت القرائن على وجوده ، فكسوف
المشترى خمارا قرينة قوية في الدلالة على البائع غير المشروع ، وهو اتخاذ
خماره ومع ذلك ، لم يتلفت اليه .

لا يقال ان السلاح في ذاته ليس بمعصية ، فلم يأخذ حكم العصير ،
لأننا نقول انه امكن استخلاص البائع من طبيعته ، ولأنه تعين طريقا
للمعصية في هذه الحال .

هذا ، ويعتد بالبائع غير المشروع في المذهب الحنفي اذا نص عليه

(١) الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ٦٨ .

صراحة على سبيل الشرط فيبطل العقد ، من ذلك ما جاء في ابن
عابدين : " لا تصح الاجارة لأجل المعاصي ، مثل الغناء والنوح -
والملاهي ، ولو أخذ بلا شرط يباح " (١) .

ويورد الامام الكاساني تطبيقا فيما يمكن استخلاص الباعث غير المشروع
من طبيعة محل العقد ، وحكمها عدم الجواز ، منها ما جاء في الهدائع
" وأما القرد - أى شراء القرد - فعن أبي حنيفة / رضي الله عنه /
روايتان في جوازه وعدم جوازه . وجه رواية عدم جوازه ، أنه غير منتفع
به عرطا ، فلا يكون مالا كالخنزير ، وجه رواية الجواز ، أنه ان لم يكن
منتفعا به بذاته يمكن الانتفاع بجلده ، فكان بالنظر الى جلده ، مالا ،
وجاز لذلك شراؤه ، والصحيح عدم الجواز ، لأنه لا يفتري للانتفاع -
بجلده عادة ، بل للهويبه ، وهو حرام ، فكان هذا بيع الحرام
للحرام ، وانه لا يجوز " ، وهذا واضح في أن النظر منصب على محل
العقد وشروطه لا الى الباعث الا اذا كان جزءا من صيغة العقد

٢ - مذهب الإمام الشافعي :

ياخذ الامام الشافعي - رحمه الله - بالنزعة الموضوعية ،
فيذهب الى أن العقود والالتزامات لا تؤثر فيها البواعث النفسية الخفية
فالسبب هو الايجاب والقبول ، وهما ظاهريان ، وأهلية التعاقد لانزاع فيها
ومحلية العقد قابلة ^{لها} فلم يبق الا القصد المفقون بالعقد - أى الباعث
ولا تأثير له في بطلان الاسباب الظاهرة (٢) لأن الباعث لا يؤثر في
اقتضاء السبب حكمه .

(١) رد المختار: ج ٥٥، ص ٣٥ - ٣٦ (٢) اعلام الموقعين ج ٢
ص ١٧٢ - ١٧٣ .

تطبيقات على النزعة الموضوعية في الفقه الشافعي ، فيما يتعلق بفكرة
الباعث يقول الامام الشافعي في كتابه الأم : " أصل ما اذهب اليه
أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ولا بعادة يبين
المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية اذا كانت النية
لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على
أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه من يراه أنه يقتل به
ظلما ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ، وكما أكره للرجل
أن يبيع العنب من يراه أنه يحصره خيرا ، ولا أفسد عليه البيع اذا باعه
اياء ، لأنه باعه حلالا ، وقد يمكن ألا يجعله خيرا أبدا ، وفي صاحب
السيف ألا يقتل به أحدا أبدا ، ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا وهو
ينوي ألا يسكها الا يوما أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح ، وانما أفسده
أبدا بالعقد الفاسد " (١) .

وهكذا يفسر الامام الشافعي الشريعة تفسيراً مادانيا على الظاهر
لاعلى ما بطن (٢) . ويقول في موضع آخر : " غير أنهما اذا عقدا
النكاح مطلقا لاشروط فيه ، فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح
شيئا ، لأن النية حد يثقف ، وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم
وقد ينوي الشيء ولا يفعله ، وينوي ويفعله ، فيكون الفعل حادثا غير
النية ، وكذلك لو نكحها ونيته ونيتها ، أو نية أحدهما دون الآخر ، أن
لا يسكها الا قدر ما يصيبها ، فيحللها لزوجها ، ثبت النكاح
يقع النكاح بشرط يفسده (٣) . وهذه النصوص تدل صراحة على

(١) الام للشافعي ج ٣ ص ٦٥ .
(٢) الشافعي للأستاذ الشيخ ابي زهرة : ص ٣١٢ - ٣١٨ .
(٣) الام ج ٥ ص ٧١ .

تحدد الامام الشافعي في تمسكه بالظاهر " فهو لا يحكم على العقود من حيث آثارها وأوصافها بحسب أغراض المتعاقدين ودوافعها التي لا تذكر وقت العقد ، وان كانت بينة من أحوالهما " (١) فلا يعتد الا بصيغة العقد وما تضمنته عبارته ، ولا يلتفت الى القرائن وملابس الاحوال ، ولو كانت تدل دلالة قوية على أنه اتخذ ذريعة لأمر محرم ، بل يحكم بصحة العقد ، وفي هذا يقول الامام الشافعي " يبطل حكم الزكّان من الذرائع في البيوع وغيرها ، ويحكم بصحة العقد (٢) " .

٣ - مذهب الحنابلة :

يأخذ الحنابلة بالنزعة الذاتية ، فيعتد بالبائع غير المشروع ولو لم تتضمنه صيغة العقد ، فاذا تبين ذلك أبطل به العقد ، مادام قد اتخذ العقد وسيلة الى أمر غير مشروع ، لأن في تنفيذه اعانة على المعصية والعدوان ، وذلك منهي عنه بالنص . ولا يشترط - لابطال التصرف في العقود ، اذا تبين أن البائع عليه غير مشروع سوى علم الطرف الآخر بهذا الباعث ، ضمانا لاستقرار التعامل ويقول ابن القيم : " القصد روح العقد ، وصحة ويبطله ، فاعتبار القصور في العقود أولى من اعتبار الالفاظ ، فان الالفاظ مقصودة لغيرها ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها ، فاذا الغيت ، واعتبرت الالفاظ التي لا تراد لنفسها ، كان هذا الغائلا يجب اعتباره ، واعتبارا

(١) الشافعي ص ٣١٧ وما بعدها للاستاذ الشيخ أبي زهره .

(٢) الأم : ج ٤٢ - ص ٢٦٨ و ج ٦ ص ١٩٩ .

لما يجب الغاؤه (١) .

ويقول في موضع آخر مؤكدا أعمال البواعث في التصرفات ، وان

ذلك من قواعد الشريعة التي لا يجوز هدمها .

" وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها : أن المقاصد والاعتقادات

معتبرة نسي التصرفات والعبارات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات

فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما أو صحيحا أو فاسدا (٢) .

فكرة الباعث ترد قيدها على الإرادة أو على التصرف الإرادي

محافظة على مقصود الشرع :

ومن أجل هذا ، كانت فكرة الباعث عند الذاتيين خصبة مشوة ، تقيد

الإرادة نسي كل تصرف ، لتحافظ على مقصود الشرع .

ضابط الباعث :

على أن الباعث شبه هو عامل نفسي ذاتي ، يختلف باختلاف الأشخاص

وهو أمر خارج عن نطاق التعاقد ، لأنه من ضابط له ، حتى لا يكسب

سببا في تزعم المعاملات وعدم استقرارها .

ولذا رأينا الفقهاء مختلفين في ضبطه ، فمنهم من اشترط أن يكون

متوصفا عليه نسي صلب العقد ، وهم الشافعية والحنفية كما رأينا . ومنهم

من لم يشترط ذلك ، بل اكتفى بعلم التعاقد الآخر . أو بوجود قرائن

يفترض معها هذا العلم ، وهذا هو مذهب الحنابلة والمالكية ، ومنهم

(١) اعلام الموقعين : ج ٣ ص ٨٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٨٤ .

من اكتفى بمظنة الباعث البعيدة ، فلم يشترط وجود الباعث فيفسر
المشروع في كل معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد .
اكثافا بالكثرة دون غلبة الظن ، عملا بالاحتياط الذي يوجب اعتبار هذه
الكثرة في مرتبة الامور الظنية الغالبة (١) كما قدمنا .
تطبيقات فكرة الباعث في المذهب الحنبلي

وجاء في كشاف القناع

" ولا - أي لا يصح - بيع سلاح ونحوه في فتنة ، أو لأهل الحرب
أو لقطاع طريق إذا علم البائع ذلك من مشتره ، ولو بقرائن ، لقوله
تعالى : " ولا تعملوا على الائم والعدوان " ويصح بيع السلاح لأهل
العدل ، لقتال البغاة ، وقتال قطاع الطريق ، لأن ذلك معونة على
البر والتقوى (٢) .

وجاء فيه ايضا " ولا يصح بيع ما قصد به الحرام ، كعنب وعصير
لمتخذهما خمرًا ، وكذا زبيب ونحوه (٣) .

-
- (١) وهذا هو رأي الامام مالك ، توسعا منه في أعمال الباعث
غير المشروع ، باعتبار وجود مظنته البعيدة - المواقفات
ج ٢ ، ص ٣٦١ وما بعدها .
- (٢) كشاف القناع ج ٣ ، ص ١٤٦ . أنظر كيف يجعل نقها
الحنابلة من قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا
على الائم والعدوان " قاعدة عامة تنقيد بها الحقوق سلبا -
وايجابا ، كما يجعلونها قيدا يرد على العمومات تحريبا
ليقصد الشارع ، ويحتكمون اليها في خلاصهم مع غيرهم من نقها
المذاهب الأخرى .
- (٣) كشاف القناع ج ٣ ، ص ١٤٦ .

وفي المغني لابن قدامة :
•

• " وبيع العصير من يتخذه خمرا باطل " •

• " وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعلم يقينا أنه يتخذه خمرا حرام •

ولنا قول الله تعالى " ولا تعاونوا على الاثم والعدوان " وهذا

نهى يقتضي التحريم " والقرينة حالية •

وروى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - انه لعن في الخمر عشرة

ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريد ها للمعصية ، فأشبهه اجارة أمته

لمن يعلم أنه يزني بها ، والآية (١) مخصوصة بصورة كثيرة ، فيخص

منها محل النزاع يدللنا • وقولهم تم البيع بشروطه وأركانه ، قلنا :

ولكن وجد المانع منه " أي الباعث بغير المشروع مانع - وإذا اجتمع

المقتضي والمانع قدم المانع •

• إذا ثبت هذا ، فانما يحرم البيع ويبطل اذا علم البائع قصده

المشترى ذلك ، اما بقوله ، واما بقرائن مختلفة به تدل على ذلك (٢) •

فأما ان كان الأمر محتملا ، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله ، أو من

يعمل الخل والخمر معا ، ولم يلفظ بما يدل على ارادة الخمر ، فالبيع

جائز ، إذ لا قطع مع الاحتمال واذا ثبت التخمين فالبيع باطل ، وهكذا

الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب ، أو لقطاع

الطرق ، أو في الفتنة ، وبيع الامة للغنا ، أو اجارتها كذلك ، أو

(١) أي قوله تعالى : " واحل الله البيع وحرم الربا " وهي الآية

التي تمسك بها أصحاب النزعة الموضوعية في تصحيح العقد

إذا لم يرد في صيغة العقد ما يدل عليه •

(٢) المغني ج ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة - راجع اعلم الموقعين ج ٣

ص ١٢٨ - ١٢٩ لابن قيم الجوزية •

اجارة داره لبييع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشياء
ذلك ، فهذا حرام ، والعقد باطل لما قدمنا .
وقد نص الامام أحمد على مسائل نبه بها على ذلك ، فقال في القصاب
والخباز : " اذا علم من يشتري منه أن يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه
ومن يخطر الاقداح لا يبيعه من يشرب فيها ، ونهى عن بيع البياض
للرجال ، ولا بأس ببيعه للنساء ، وروى عنه " لا يبيع الجوز من الصبيان
للقمار " .
* وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلا (١) .

٤ — المذهب المالكي :

جاء في المواقات للامام الشاطبي * انما الاعمال بالنهايات —
* والقاصد معثرة في التصرف من العبادات والعمادات (٢) وأورد
الادلة من الكتاب والسنة والمعقول على هذا الأصل .
— هذا والامام مالك يعمل الباعث غير المشروع في التصرف ، ولكن
لا يبطله اذا تبين الباعث بل يحول دون أثره كما يذهب الي اعتبار ما يؤدي
اليه التصرف من المحظور في الكثرة من الاحوال ، ولم يصل ادائه الي
المفسده في الغالب من الظن ، فضلا عن القطع — مظنة للباعث غير
المشروع ، عملا بالاحتياط والتحرز عن الفساد ، لأن الشريعة قامت
على الأخذ بالجزم والاحتياط (٣) .

-
- (١) المغني ج ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة ، كشاف القناع ص ١٤٦ ج ٣
(٢) ج ٢ ص ٣٢٤ . (٣) المواقات ج ٢ ص ٣٢٣ للشاطبي
وراجع كتاب مالك ص ٤١٢ للاستاذ الشيخ أبي زهرة .

وهذا يكفلنا الامام مالك عن الامام الشافعي من حيث أن الاول يعتبر
التصرف صحيحا ، ولكن يرى وجوب اخراج الملك من المشتري ، خلافا
للشافعي الذي يرى بطلان التصرف .
تطبيقات فكرة الباعث في القه المالك

جاء في التبصرة لابن فرحون في مسائل البيوع .
" ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب ، يعني من الحربيين ، والمنع
لمن يعصره خيرا (١) ."
ويقول في مؤيد هذا المنع : " ويؤدب من يبيع آلات اللهب ،
ويمنع البيع ، ويكسر ويؤدب أهل ذلك (٢) ."
غير أن الباعث غير المشروع اذا اقتضى المنع في مذهب المالكية ، لكن
يبدو أن العقد ينعقد ثم يفسخ ، درء للفسدة ، كما جاء في النص
السابق من التبصرة .

هذا ، وجاء في الخطاب : " بيع المنع لمن يعصره خيرا ، ويمنع
ثياب الحرير ممن يلبسها غير جائز " (٣) .
فهذا النص يقضي ببطلان الالتزام ، بينما النص السابق لا يجيز استدامة
آثاره ، لما يترتب عليه من مفسد وآثم .
وجاء في المدونة : " وكذا بيع الخسبة لمن يستعملها سليبا ، ويمنع
المنع لمن يعصره خيرا على أحد قولين ، كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم
أنه يريد به قطع الطريق على المسلمين ، أو إثارة الفتنة بينهم ، كما
لا يجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتسامحون

(١) التبصرة ج ٢ ص ١٤٧ لابن فرحون (٢) المرجع السابق .
(٣) شرح الخطاب ج ٣ ص ٢٦٢ - ٢٦٤ .

في الفساد ، وعدم الفيرة ، وهم آكلون للحرام ، ويطعمونها منه (١) وفي الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه :

” ومنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمرا لا يجوز ، كبيع جارية لأهل الفساد وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة ، وبيع خشبة لمن يصنعها صليبا ، وبيع العنب لمن يعصره خمرًا ، والنحاس لمن يتخذ ناقوسا ، وكذا يمنع أن تباع آلة الحرب للحرييين ، كسلاح أو كراع وسرج وكل ما يتقوون به في الحرب ، من نحاس أو خبا أو ماعون ، ويجبرون على اخراج ذلك من ملكهم ، ولا يفسخ البيع ” .

وقال ابن رشد : ” والخلاف في هذا مقيد بما إذا علم البائع أن المشتري يفعل ذلك ، أما إذا لم يعلم ، ثم ظهر أنه يفعل ذلك ، فإن البيع لا يفسخ بلا خلاف ، ولكن يجبر المشتري على اخراجه من ملكه ببيع ونحوه ” .

يستخلص من هذه النصوص فيما يتعلق بأعمال الباعث غير المشروع نسي المعاوضات عند المالكية وجهتان من النظر :

الاولى : ان العقد لا ينعقد بتأثير الباعث غير المشروع اذا علم من الطرف الآخر كما جاء في الخطاب .

الثانية : ان العقد ينعقد ، ولكنه واجب الفسخ ، اذا لم يعلم البائع بقصد المشتري ، بل يجبر هذا على اخراجه من ملكه ، فأراء الفقهاء في هذا المذهب تتردد بين الأخذ بالتزعة الموضوعية والذاتية ، ولكننا نرجح أن المذهب المالكي أميل الى الأخذ بالنظرية الذاتية لما يلسي :

أولاً : ان المحققين من أصولي المذهب المالكي ، قد جعلوا لـ "أصول" النزعة الذاتية وأفاضوا القول فيها ، وأقاموا الأدلة على أصالة هذا - المبدأ في الشريعة ، وهو الذي يتفق ومقاصدها الأساسية ، ولم يقصروا أثر البواعث على العبادات ، بل برهنوا على شمول الأثر للعبادات والمعاملات وأوجبوا - ليكون التصرف سليماً نافذاً - ان يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، ويقصد هنا ما يشمل الباعث .

يرشدنا الى هذا ، أقامتهم الأدلة على ابطال نكاح التحليل ، والى جانب أقامتهم الحجج على ابطال بيع الأجال التي يقصد بها تحقيق الربا ، كما في بيع العينة ، وبينوا مناقضة قصد المكلف لقصد الشارع في التحليل على اسقاط الزكاة عن طريق الهبة قرب نهاية الحول ، وعلى هذا ، فقد شمل اعمال الباعث غير المشروع نكاح التحليل ، وعقد سود المعاضات والترعات على سوا" (١) .

ثانياً : ان المذهب المالكي ، هو أكثر المذاهب فقهاء توسعاً في تطبيق مبدأ الذرائع (٢) وهو مبدأ يتجماً اتجاهين :

الاول : اتجاه الى الباعث على التصرف .

ثانياً : اتجاه الى مآل التصرف .

فكيف يتفق القول بأنه مذهب موضوعي النزعة ، مع اعتباره مبدأ أساساً للذرائع أصلاً هاما لاستنباط الاحكام في فقهاء ، حتى صار يعرفون فقهاء

• ه •

- (١) الموافقات : ج ٢ ص ٣٢٣ ، وص ٣٣١ وص ٣٣٣ وما بعدها .
(٢) الموافقات ج ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها ، على ان الامام الشاطبي لا يجعل التحليل من الذرائع بل يجعل التحليل قسماً خاصاً مما يتدل على تاصل النزعة الذاتية في أصول مذهب المالكية .

ثالثا : قال الامام مالك : بتوريث كل ميانة في مرض الموت ، ولو لم يتبين له الباعث غير المشروع في كل حادثة على حدة ، وهو حرمانها من الارث ، اكتفاء بهذه النظنة ، وهي مرض الموت اعداما لهذا التصريف في ذاته في هذا الظرف ، سدا للذريعة ، واحتياطا لدرء المفسدة ، وتطبيقا لنظرية التعسف في اوسع مدى ، بناء على القصد الكلي مسن .
اعتبار المصالح في الأحكام .

فكسرة الباعث وضابطه في التبرعات

اتفق الفقهاء على أن عبارة المتبرع اذا تضمنت ما يدل على أن الباعث عليه أمر محظور ، لا ينشأ الالتزام ، لأنه التزام محرم ، وكل محرم باطل . فالوصية بالمحظور كالوصية بمال يشتري به خمر ، أو للنواح ، أو - كالوصية لعابدين الوثنيين (١) باطلة ، لأن هذا الالتزام الانفرادي - تحقّض سرا ، فيكون باطلا .
أما اذا لم تتضمنه العبارة ، فيجوز فيه الخلاف الذي جرى في عقود - المعاوضات على ما بينا آنفا .
غير أنه فيما يتعلق بضابط الباعث غير المشروع في التبرعات ، لا يشترط فيه وجوب علم الطرف الآخر ، كما في العقود ذات الطرفين ، بل لا يتصور اشتراطه ، لأن التبرع التزام انفرادي من طرف واحد ، وليس له طرف آخر تتوقف نشأته عليه ، وليس مكلفا باداء التزام مقابل .
ومن ذلك أيضا ، وصية الضرار ، فاذا تبين أن الموصي يقصد بوصيته الاضرار بورثته ، بطلت وصيته ، لأن الاضرار بالورثة أمر محرم محظور .

(١) المغني : ج ٢ ص ٣٣١ .

نظرية العقد في الفقه الاسلامي

تمهيد :

ان الباحث في الفقه الاسلامي القديم ، يجد أن العقود المسماة كالبيع ، والاجارة ، والاعارة ، والرهن ، قد بحثت نظما وأحكاما فروعية ، فكل عقد فصلت أحكامه على حدة ، ولا تجد فيه بحثا يتناول " الأحكام العامة " التي تشمل هذا العقود جملة ، مما يطلق عليه اليوم ، " نظرية العقد " .

غير أن هذا لا يعني أن الفقهاء القدامى لم يتجهوا الى تأصيل " الكليات " بل على العكس من ذلك ، وجدنا فريقا منهم ، يولي هذه " الكليات " اهتماما بالغاً وعناية كبرى تركت آثارها في مصنفاتهم التي تتسم بالدقة والسعة والعمق والشمول ، من مثل كتب " القواعد " (١) .

غير أن هذه " القواعد " لم تبلغ مستوى " النظريات العامة " على الرغم مما تنطوي عليه من قيمة علمية قيّمة ، بما هي صبان لأحكام العقد وأصول تفسيرها .

وعلى الرغم من أن الفقهاء القدامى لم يتناولوا بالبحث " النظريات العامة " ، بما كانوا يتناولون الفقه مسألة مسألة ، ويحتكمون الى منطق العدل في التشريع في حكم كل منها على حدة ، واعتقاداً منهم بأن تحكيم " المفاهيم الكبرى " في انتاج الحلول لهذه المسائل

(١) من ذلك كتاب الأشباه والنظائر — للسيوطي — ولاين نجيم وكتاب " القواعد " لابن رجب الحنبلي ، وقواعد الاحكام ، لابن عبد السلام ، والفروق للقرافي .

فاذا ما صدرت وصية مثلاً ، وجب البحث عن الباعث الذي دفع الموصي الى الإيلاء وذلك بالنظر فيما اشترطه ، وما صدر عنه أقوال ، وما احتف بالتصرف من قرائن ، فاذا تبين أن الباعث منافع المقصد المبيع ، كانت التوصية باطللة ، وإذا كثرت البواهب فالمستول عليه هو الباعث الرئيسي .
وكذلك هبة المال قرب نهاية الحول ، لاسقاط الزكاة (١) ، لأن الباعث عليها منافع المقصد المبيع .

ومع ذلك ، اذا كان التبرع موجهاً الى شخص معلوم ، لزم أن يكون بحيث يستطيع أن يعلم بسذك الباعث ، وان لم يكن عالماً به فعلاً (٢) ، كما في اهداء القرض الى القرض اذا لم تجر له بذلك عادة .
هذا ، وقد رأينا أن الفقه الاسلامي يكتفي في اعمال الباعث غير المشروع في بطلان عقود المعاوضات بمجرد العلم أو افتراضه أو مظنته للمعينة ، فكان بسذك الخصومة ، وأوسع مجالاً في تطبيق فكرة الباعث التي هي بدورها تطبيق لنظرية التصرف في معظم جوانبها .

أما فيما يتعلق بالباعث في التبرعات ، فلا يشترط علم الطرف الآخر ، لأن الالتزام ينشأ بارادة منفردة ، ولا يتوقف في نشأته على ارادة طرف آخر ومع ذلك اذا كان موجهاً الى شخص معلوم ، لزم أن يكون ذلك الشخص بحيث يستطيع أن يعلم بسذك .

(١) المرجع السابق ص ٣٨٥ - ٣٨٦

(٢) التصرف الانفسرادى ص ١١١ للامثاذ الشيخ علي الخفيف .

المتجددة قد يجاني منطق العدل أحيانا ، أقول على الرغم من ذلك كله ، فإنه من الممكن استخلاص " أحكام عامة " لجميع العقود من هذا النوع ، فربما ينبغي ، وهذا ما وقع فعلا في بحوث بعض المحققين والمعاصرين .

أضف الى ذلك ، ان من الفقهاء القدامى من أشار الى بعض (معايير) نظرية العقد في مقدمة بحث " البيع " (١) .
أهمية نظرية العقد :

ان بحث نظرية العقد من الأهمية بمكان ، ذلك ، لأن على أحكامها تدور معظم " المعاملات " في الشريعة الاسلامية بل وفي كل تشريع ، لذا كانت متشعبة الاطراف ، تقصر هذه الدراسة المقررة عن استيعابها تفصيلا ، من أجل ذلك سنقصر بحثنا على الأحكام الأساسية لهذه النظرية .

البحث الأول

في التمرين بالمقعد

تعريف المقعد فقها :

لم يتفق الفقهاء المسلمون على إطلاق لفظ " المقعد " (٢)
على مفهوم موحد .

(١) فتح القدير : ج ٥ ، ص ٧٤ وما يليها ، للكمال بن الهمام
بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ وما يليها ، للكاساني ،

فجمهور الفقهاء يطلق "العقد" ويريد به كل ما ينتج التزاما
شرعيا ، سواء أكان هذا "الالتزام" ناشئا عن اتفاق بين طرفين ، أم
كان نتيجة لارادة الشخص الواحد ، وعزمه المبرم على انشاء التزام شرعي
معين يلزم به نفسه ، كالوقف والوصية واليمين .
وعلى هذا شمل "العقد" ما هو أعم من اتفاق ارادتين ، من
التصرف الانفرادى الذى ينشئ "التزاما" يخص المتصرف نفسه وحده .

== تبين الحقائق - باب البيوع ، للزيلعي ، المعنى ج ٣ ص ٥٠٣

وما يليها ، لابن قدامه ، ابن عابدين ، ج ٤ - ٩ - ١٠ .

الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٤ ، وما يليها ، الهداية ، ج ٣ ص ١٦

وما بعدها للمريغيناني

(٢) العقد لغة الربط بين أطراف الشيء ، حسيما ، يقال عقدت الحبل

إى ربطت بين طرفيه .

ويطلق أيضا على الاحكام - بكسر الهمزة - أى التقوية المعنوية

أو الربط المعنوى فضلا عن التقوية المادية - من ذلك "عقدة

اليمين" أى توثيقها ، وعزم الحالف على الالتزام بمقتضاها ايجادا

أو تركا ، ومنه قوله تعالى : " ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان " .

- ومنه أيضا توثيق الكلام بين طرفين :

- راجع القاموس المحيط : ج ١ ص ٣١٥

- المصباح المنير : ص ٥٧٥

وهذا هو العقد بالمعنى العام .
غير أن الدقة في تفصيل الأحكام توجب التمييز بين "العقد" بالمعنى
الخاص و " التصرف الانفرادى " أو ما يطلق عليه في القانون " الارادة
المنفردة (١) .

تعريف العقد بالمعنى الخاص :

عرف بعض الفقهاء العقد بأنه : " تعلق كلام أحد المتعاقدين
بالآخر شعرا ، على وجه يظهر أثره في محله (٢) " .

(١) ومن هنا سميت " اليمين " على فعل أمر في المستقبل " عقدا " .
عند الفقهاء ، لأن الحالف يلزم نفسه به - أحكام القرآن ج ٢ ،
ص ١١٤ - للجصاص .
- هذا ، وأكثر ما نرى اطلاق العقد بالمعنى العام ، فسي
الفقه المالكي ، والشافعي ، والحنبلي ، وأقل من في كتب الحنفية
- والعقد بالمعنى العام قريب من المعنى اللغوي .

كتاب العقود : ص ١٨ ، ص ٢٨ ، لابن تيمية .
(٢) فتح القدير : ج ٥ ص ٢٤ وما يليها ، وانظر شرح العنايق أيضا .
وفي تعريفات الجرمانى : " العقد ربط اجزاء التصرف بالايجاب
والقبول شعرا " . وفي البحر الرائق : " العقد شعرا ربط القبول
بالايجاب ج ٥ ، ص ٢٦٢ . على أن تعريف " العقد " جاء في
المجلة - في المادة ١٠٤ . وأغلب الظن أنه منقول عن شرح العناية
المشار اليه ، ونصه كما يلي : " الانعقاد تعلق كل من الايجاب
والقبول بالآخر على وجه مشروع ، يظهر أثره في متعلقهما " .
والمتعلق - بفتح اللام المشددة " هو " محل العقد " أو المعقود
عليه الذي يقصد العقد لأجله .
- وهذا التعريف لا يشمل إلا " العقد " بالمعنى الخاص ، أى
ما كان بين طرفين وهو ما أوضحتته المادة ١٠٣ من المجلة أيضا .

تحليل هذا التعريف :

تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعا :
التعلق هو الارتباط الاعتباري أو الحكمي .
وارتباط كلام أحد المتعاقدين بالآخر هو ارتباط الايجاب بالقبول (الصيغة)
والارتباط هو الانعقاد .

ولكن يؤخذ على هذا التعريف ، أنه قصر الصيغة المنشئة للعقد
على " الكلام " في حين ان " الصيغة " قد تكون بغيره من وسائل
التعبير عن الارادة من الكتابة أو الاشارة ، أو البادلة الفعلية الدالة
على التراضي " كالتعاطي " فالتعريف غير جامع كما ترى .
غير انه يمكن أن يقال : أن التعريف قد نص على ما هو الأصل في
عنصر التعبير عن الارادة الباطنة ، أو الاكثر وقوعا ، ولهذا نرى أن يضاف
الى التعريف عبارة : " أو ما يقوم مقامه " (١)

= حيث تنص على أن العقد " التزام المتعاقدين ، وتعهدهما ،
أما ، هو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول " .
(١) الراجع أن " العقد " ينعقد بكل ما يدل على الارادة الباطنة
مادامت الاداة بيئة مفصحة معهودة ، وسيأتي خلاف المذاهب في
" الصيغة " فمنهم من لا يجيز الانعقاد الا بصيغة قولية مادام
المتعاقدين قادرين عليها ، ولا يجيز اللجوء الى الكتابة ، مع القدرة
على القول ، وكان المتعاقدين حاضرين ، ومن باب أولى ألا يجيز
الاشارة الا عند الضرورة ، بان كان أحد المتعاقدين اخرس ، أو
معتقل اللسان . أما البيع بالتعاطي " فلا يجوز في نظر
بعض المذاهب الا في السلع القليلة الثمن دون الخالية أو النفيسة
خلافا لبعض المذاهب الذي يجيزه في قليل الثمن وغالبه وسيأتي
تفصيل ذلك .

والتعريف اذ يجعل جوهر المقدم " ارتباط ايجاب (١) أحد المتعاقدين بقبول الآخر ، يخرج التصرف القولي الانفرادي الذي ينشيء التزاما على صاحبه وحده ، لأنه يتم بإرادته المنفردة دون توقف على ارادة آخر ، كالوقف على جهة بر مثلا . حقيقة الايجاب والقبول في فقه ^{المذاهب} هذا ، والايجاب في فقه الحنفية هو : " ما يصدر أولا (٢) من أحد

(١) والايجاب لغة هو الاثبات ، من أوجب على نفسه أى أثبت وألزم وهذا هو معنى الالتزام .

— وهذا المعنى اللغوي لا يعتمد عن المعنى الفقهي ، لأن الموجب يثبت على نفسه مضمون قوله ، ويلتزم به ، اذا انضم قبول الآخر الى ايجابه هذا ، وكان موافقا له .

— والقبول لغة بمعنى التصديق والموافقة والرضا والاقرار والرفقة يهضمون الايجاب السابق ، بجميع عناصره ، ورضاه هذا هو أساس التزامه في مقابل التزام الاول ، اذا استوفى شرائطه .

— فالنوع اللغوي لا يعتمد عن المعنى الفقهي كما ترى .

(٢) فتح القدير : ج ٢ ، ص ٢٤٤ — للكامل بن الهمام — الفرق ج ٢ ، الفرق الثالث للقراسي .

— اما الشافعية ومن معهم فيرون أن " الايجاب " هو ما يدل على " التملك " سواء صدر متأخرا أم مقدما ، والقبول هو ما يدل على " التملك " ولو صدر أولا ، على ما سيأتي تفصيله .

— نهاية المحتاج : ج ٢ ، ص ٢٧ ، للربليسي .

طرفي المقعبرا به عن ارادته الجازمة سواء كان " الملك " أم " المملك " ذلك لأن الحنفية يرون أنه لا يتصور أن يكون متقدما ، لأن ما يتقدم هو الايجاب ، سواء أكان صادرا من المشتري ، أم من البائع ، في عقد البيع مثلا ، أم كان صادرا من الزوجة أم من الزوج في عقد الزواج ، وهكذا . وأيضا لا يتصور تعاصر الايجاب والقبول ، بل لابد من تعاقبهما ، حتى لو تعاصرا لم ينعقد العقد (٢) .

(٤) والقبول " ماصدر ثانيا (٣) من الطرف الآخر ، معبرا عن ارادته الجازمة أيضا في الموافقة على جميع ما تضمنه الايجاب من عناصر ، لتتم المطابقة بينهما . وهذا الارتباط الحكمي هو " الانعقاد " ، غير أن هذا الارتباط لا يعتبر قائما الا اذا كان على وجه مشروع (٥) ويتحقق الارتباط شرعا بما يأتي

- (١) البحر الرائق : ج ٥ ص ٢٦٢ .
 - (٢) المرجع السابق ، مجمع الأنهر ، ج ٢ ، ص ٤
 - (٣) المراجع السابقة - وراجع أيضا فتح القدير ج ٥ ، ص ٧٤ للكمال بن الهمام .
 - (٤) التعبير بالارادة الجازمة هنا ، لنفي التردد ، والوعد فسي المستقبل ، أو التعليق الحق يقي على شرط في المستقبل ، على خطر الوجود والعدم ، أو بالاحرى ، لاخراج ما لا يفيد انشاء العقد في الحال جزما .
- وقد أشرنا الى عبارة ابن تيمية التي لخص فيها مبدأ التعاقد - المشروع المنتج آثاره بقوله : " لابد في العقد من رضا المتعاقدين وموافقة الشرع " - الفتاوى : ج ٣ ص ٣٢٩ . وقد شرحنا هذا المبدأ في مؤلفنا " الحق ومدى سلطان الدولة في تهديد " ص ٤٣٣ وما يليها .

أولا : أن يكون " العقد " مستوفيا مقوماته (١) من الأركان ،
وشروط الانعقاد ، وكذلك شروط الصحة ، خلافا للحنفية (٢) .
ثانيا : ان يكون سببه مشروعا ، بمعنى أن " الباعث " على التعاقد
يجب أن يكون مشروعا أيضا ، حتى لا يتخذ " العقد " أو التصرف المشروع
في ذاته ، وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع ، يهدم مقاصد التشريع .
— فإذا ثبت " التذرع " بالعقد لتحقيق غرض غير مشروع ، ولو فسي
الغالب من الظن بطل العقد ، وأصبح معدوما في نظر الشارع ، لأثر
له ، على الرغم من استيفائه لصورة العقد أو التصرف المشروع ، لأن
المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، وهذا بالاجماع ، وإنما الخلاف في تحقيق
مناط التذرع (٤) .

-
- (١) المقومات أم من الأركان ، لأن " الركن " ما كان جزءا من ماهيته
الشيء ، ومكوناته الذاتية ، بحيث توجد الماهية بوجوده ، وتنتفي
بانتفائه . — أما المقوم فيشمل الى ذلك الشرط ، الذي يتوقف
الشيء على وجوده ، ولكنه خارج عن ماهيته .
(٢) إذا احتل شرط الصحة فالعقد منعقد عند الحنفية ولكنه فاسد
يستحق الفسخ .
(٣) يقصد بالباعث : الدافع النفسي الذي يحرك ارادة المنشيء . —
للتصرف ، ويوجهها الى تحقيق غرض غير مباشر ، فضلا عن الغرض
المباشر للتصرف ، وهو ما يسمى " الغرض المصلي " . هذا والغرض
غير المباشر فقد يكون مشروعا ، وقد لا يكون فان كان غير مشروع ،
دليل العقد باتخاذ ذريعة الى ذلك ، تحيلا على مقاصد الشريعة ، لهضم
حق أو هدم واجب وسبب المبطال هنا مناقضة أو مضادة قصد المتصرف
لقصد الشارع في التشريع . — راجع مؤلفنا : الحق ومدى سلطان
الدولة في تقييده ص ٤٣٣ ، وما يليها ، وهو الكتاب الذي نال درجة
الامتياز بدرجة الشرف الاولى .
(٤) سيأتي بحث ذلك في نظرية الباعث .

وذلك من مثل : " بيع العنب ممن يعتقد أنه يعصره خمرا ، او
بيع السلاح من البغاة أو أهل الفتنة ، لما في ذلك من تعاون على
الاثم والعدوان (١) . وهذا الاصل المعنوي العام ، قد حققه
وأصله الأئمة المحققون ، من مثل الامام الشاطبي في كتابه الموافقات
في أصول الشريعة في موضوعات عدة ، والامام ابن تيمية وتلميذه ابن
قيم الجوزية وغيرهم من الحنابلة .
ويقول الامام الشاطبي في هذا الصدد " قصد الشارع من المكلف أن
يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع (٢) .

-
- (١) هذا الاصل متفق عليه ، غير أن الخلاف في شروط اعمال هذا
الأصل أو بعبارة أخرى في تحقيق المناط " أي بم يثبت ويتحقق
التذرع والتحيل - الموافقات - ج ٤ ، ص ١٩٦ .
- نذهب بعضهم الى أنه يجب أن يثبت التذرع أو " الباعث "
بالقول الصريح بأن يكون منصوبا عليه في صلب العقد ، أو
مستخلصا من محل العقد ، أي يجب أن يستخلص اثبات الدافع
النفسي قضا ، من العقد نفسه ، ولا يتعدى نطاقه فلا يجتئح
الى الاثبات عن طريق عناصر أخرى خارجة عن نطاق العقد ،
كالقرائن والملابسات ، وللحيلولة دون تحكم القضاء . وهذا هو
مذهب الحنفية وقريب منه مذهب الشافعية ، وهو مذهب موضوعي
في تفسير العقد وتفسير النصوص عامة . خلافا للحنابلة الذين -
ياخذون بالقرائن أيضا ، وهذه نزعة ذاتية ، كما ترى وعلى هذا ،
فالمبدأ متفق عليه وإنما الخلاف في التطبيق . - المرجع السابق .
(٢) الموافقات : ج ٢ ، ص ٣٣١ ، للامام الشاطبي .

ثم يوضح ، أن سبب بطلان العقد بالباعث غير المشروع هو — مناقضة ومضادة قصد المكلف في التصرف والعمل والتطبيق لقصد الله في التشريع ، اذ يقول : " من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له ، فقد ناقض الشريعة ، ومن ناقضها ، فعلمه في المناقضة باطل ، فما يؤدي اليها (١) باطل (٢) .

ويقول أيضا : " القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي . — ويفرق الامام الشاطبي بين صورة التصرف ، والباعث أو القصد الذي يدفع اليه ، ويطلق على الأول " الظاهر " وعلى الثاني " الباطن " ويرى أنه لا بد أن يكون الظاهر والباطن مشروعين حتى يحكم بكون العقد أو التصرف قد تم على وجه مشروع ، صورة ومعنى ، أو شكلا ومصالحة اذ يقول : " لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح المباد ، كانت — للاعمال (٣) .

- (١) أي الوسيلة التي تدرج بها المكلف ، وهو العقد أو التصرف الصحيح في ظاهره .
 - (٢) المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤٣٣٣ .
 - وتحقيق " الباعث " غير المشروع هو من قبيل ما يطلق عليه الامام الشاطبي " التحايل " ويعرفه بأنه " تقديم عمل ظاهر الجواز ، لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر الى حكم آخر " ثم يقول " فمآل العمل فيها — الحيلة — خرم قواعد الشريعة " أي هدسها بتحليل محرر أو اسقاط واجب .
 - المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ٣٠١ .
- (٣) التصرفات .

معتبرة (١) ، بذلك ، لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين ، فاذا كان الامر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية (٢) ، فلا اشكال ، وان كان الظاهر موافقا (٣) ، والمصلحة مخالفة (٤) ، فالعمل غير صحيح وغير مشروع (٥) .

وهذا عين ما أكدّه الامام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (٦) ، اذ يقول الاول لا بد فسي صحة التصرف من رضا المتصرف

-
- (١) أي صحة وفسادا تبعا لمشروعية المصلحة المتوخاة ، أو عدم مشروعيتها حتى لا تتناقض مصلحة المكلف ومقصد الشارع أو الغاية التي شرع التصرف من أجل تحقيقها ، لأن الشارع قد وضع الحكم والحكمة مقترنين ، - فالحكم وسيلة ، والحكمة هي الهدف فينبغي الا تتناقض الوسيلة وما انتهت له من حكمة تشريع ، اذ لا عبرة بالوسيلة اذا تقاعدت عن تحصيل مقصدها ، أو اتخذت لتحقيق مصلحة اخرى غير مشروعة لأن هذا هدم لمقاصد التشريع وهي المقاصد التي تمثل " المصالح الحقيقية " للمجتمع الانماني ، لانها أصول العدل وموجهاته .
- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ١٠٠ ، للمؤلف .
 - (٢) فالتصرف صحيح مشروع منتج آثاره .
 - (٣) بأن كان التصرف مستكملا كيانه من الأركان والشروط من حيث الصورة والشكل .
 - (٤) والغرض غير مشروع .
 - (٥) الموافقات : ج ٢ ، ص ٢٨٥ .
- وراجع أيضا " أصول التشريع " ص ٢٨٢ وما يليها للمؤلف .
- والمناهج الأصولية بالرأى ، ص ٢٢٦ للمؤلف .
- والحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ٩٠ - ص ١٠١ للمؤلف .
 - (٦) وهما يمثلان تطورا في الاجتهاد على أصول الفقه الحنبلي فسي المعاملات بوجه خاص وهو اجتهاد يتفق وروح التشريع الاسلامي ومقاصده .

وموافقة الشرع (١) .

- ويقول الامام ابن قيم الجوزية : " القصد روح العقد ، مصححه وبطله (٢) والخلاصة أن القيد الوارد في التعريف : " على وجهه

(١) الفتاوى ، ج ٣ ص ٣٢ ، و ص ٤٠ .

وهي عبارة عامة ، تشمل - فيما تشمل - الباعث وأثره على صحة التصرف ، من حيث أن مشروعية الباعث ، تعتبر أصلاً قطعياً معنوياً عاماً ، ثابتاً بالاستقراء ، ولا خلاف فيه ، فكان من عناصر النظام الشرعي العام ، لأنه من مقومات العدل وموجهاته في التشريع ، والتطبيق ، والتصرف .

- كتاب مالك : ص ٤١ للشيخ أبي زهره .

- كشف القناع ج ٣ ، ص ١٤٦ .

- المغني : ج ٤ ص ٢٢٣ ، لابن قدامة .

- جامع العلوم والحكم ، ص ١٨ لابن رجب الحنبلي .

(٢) اعلام الموقعين : ج ٣ ص ٢٤٠ وما يليها .

- وراجع أيضاً شرح القاعدة الفقهية التي تقضي أن " الامور

بمقاصدها " مادة ٣ مجلة الأحكام العدلية .

- وراجع شرح هذه القاعدة أيضاً في كتابنا : " الحق ومدى سلطان

الدولة في تقييده " ص ٤١٥ ، ص ٤٣٢ .

- وبعد هذا التحقيق في هذا الأصل القطعي المعنوي العام

الثابت بالاستقراء وتاصيل المحققين من الأصوليين والفقهائ له ،

نرى بعض الكتاتيب المحدثين ، يزعم أن لا وجود لهذا الأصل فسي

التشريع الاسلامي ولا أثر له ، اذ يقول : " الواقع ان الدافع أو

الباعث . لم يعتبر ابداً عند الفقهاء ، حتى انهم قالوا : " ان

البيع يصح ولو ان الغرض الذي سيستعمل فيه المبيع غير مشروع .

مشروع " أى " صورة ومعنى " أو مقصدا مباشرا ، وغير مباشر لطيفي
أن يكون على وفق مقصد المشرع في التشريع ، والا فلا يتم " الارتباط "
أو الانعقاد شرعا (١) .

تحقيق معنى " الاثر " في تعريف العقد .

والمراد " بالاثر " حكم العقد الاصلي ، وأغايته النوعية (٢) ،
بالإضافة الى الاثار الاخرى التي يطلق عليها " حقوق العقد " .
وهذه الاثار الاخرى التي تسمى " حقوق العقد " هي عبارة عن
الالتزامات المتبادلة بين طرفيه .

ومحل العقد ، هو " المعقود عليه " وهو يختلف باختلاف طبيعة
على ماسياتي تفصيله .

والواقع أن الارتباط المعتبر شرعا ، يترك أثره في المعقود عليه ،
فينقله من حال الى حال أخرى جديدة حتى اذا كان العقد لا يفيد شيئا
جديدا لم ينعقد ، اذ لا أثر له في المعقود عليه ، فلم ينقله من حال الى

= وهذا قول يحوز التحقيق على النحو الذي رأيت .

راجع النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ف ٤٨

للدكتور شفيق شحاته .

(١) - ثمة شروط لاعمال الباعث ، لا يتسع المقام ليرادها وشرحها
وتحليلها ، وأشرنا آنفا الى أن الخلاف في هذه الشروط ، لا في
الاصل العام ، أو المبدأ ، كما أشرنا .

(٢) الغاية النوعية أو الحكم الاصلي لعقد البيع مثلا ، انتقال ملكية
البيع الى المشتري ، أما حق البائع في الثمن فهو من حقوق العقد
وليس حكمه الاصلي

حال أخرى ، بأن تعاقد زوج مع زوجته على أن ترعى أولاده منها
وتقوم بتربيتهم لقاء أجر معين ، فالعقد لا ينعقد ، لأنه لم يقد شيئا جديدا
فهذا الواجب مقرر بمقتضى عقد الزواج قبل هذا التعاقد ، فلم ينقل
محل العقد من حال الى حال أخرى ، بل بقي الواجب كما كان قبيل
التعاقد ، فالعقد انه غير منقود ، وكل عقد غير مفيد باطل .
- أو كان مفيدا فائدة غير مشروعة ، بأن كان محل العقد غير مشروع
كمن يتعاقد مع شخص على سرقة مال ، أو قتل شخص ، أو اتلاف زرعه
لأنه لا يتم الارتباط لعدم مشروعية محله ، وإذا لم يحصل الارتباط شرعا
فلا يتصور أن يكون له أثر لأنه باطل ، والباطل معدوم شرعا .
هذا ، وتعريف الفقه الاسلامي للعقد ، بأنه ارتباط ايجاب بقبول
أو ما يقوم مقامها من أدوات التعبير المادية ، وتصوير أثر العقد أو حكمه
بأنه تغيير المعقود عليه من حال الى حال ، ينبئ عن النزعة الموضوعية
المادية الغالبة بخلاف القانون الذي عرف العقد بأنه " اتفاق " ارادتين
وهما عنصران نفسيان ، ينشئان التزامات متبادلة على عاتق طرفيه ،
فالنزعة الذاتية واضحة ، إذ اعتداده بالارادة الباطنة وأثرها في انشاء
الالتزامات الحقيقية بينة في التعريف .
- مصادرا الحق - مج ١ ص ٢٧٠
- فالمبيع مثلا ، ينقل من ملكية البائع ، الى ملكية المشتري ، تلقائيا
بقوة الشرع وحكمه ، وبذلك تحول المبيع نفسه من حال الى حال ،
والمبيع عنصر موضوعي . وما يقال في المبيع ، يقال في الثمن أيضا .
وكذلك القول في العقد تبادلي .
هذا وحصل العقد هو الذي يقصد بالعقد أصالة .

والعقد اذا تم انعقاده شرعا ، يثبت أثره أو حكمه الاصيلي فسي
المعقود عليه ، فضلا عن سائر آثاره المترتبة عليه ، وهي الحقوق
والالتزامات الأخرى المتبادلة بين طرفيه .
ومن هنا ، وجب التمييز بين المفاهيم الآتية :

١ - الارتباط الاعتباري المشروق ، هو الانعقاد ، ويكون بين طرفي
العقد في موضوع العقد وأثره .
- والارتباط نتيجة تلاقي وتطابق الايجاب والقبول على وجه
مشروق .

٢ - ومحل العقد هو " المعقود عليه " الذي يقصد بالعقد أصالة
كالبيع في عقد البيع ، ومنافع المأجور في عقد الاجارة ، والعين
المرهونة في عقد الرهن .

٣ - وموضوع العقد هو الغاية النوعية لذلك العقد ، فاذا ثبتت
بتقدير حصول الارتباط الحكمي المشروق ، كانت " أثرا " للعقد .
فيثبت حق احتباس المرهون للدائن أثرا أصليا للعقد ، ويثبت انتقال
الملكية السى المشتري بقوة الشرع أثرا أصليا لعقد البيع .
فال موضوع ، والأثر ، والغاية النوعية للعقد وحكمه الاصيلي بمعنى واحد (١)

(١) القانون المدني السوري : ص ٢٠ - ٢١ للاستاذ الزرقا .
فنقل ملكية المبيع في عقد البيع ، غاية نوعية لهذا العقد ، أما في
حالة التفاضل والمساومة فيطلق عليه " موضوع العقد " وبعد أن
يتم الارتباط المشروق للعقد ، أو حكمه أصليا له ، وهو حق المشتري
الذي ثبت له بمقتضى العقد .
- أما احكام العقد الأخرى ، فتسمى حقوق العقد ، من مثل :
وجوب الثمن ، ووجوب تسليم المبيع ، وحق الرد بالمعيب وغير ذلك
تهى احكام أو التزامات تثبت لاعلى وجه الاصلة ، بل تبعا .

وعلى هذا ، فينبغي عدم التخليط بين موضوع العقد ، والمعقود عليه أو محل العقد .
هذا - والعقود الناقلة للملكية من قبيل العقود المنشئة للحق ، على الرغم من أن نقل الملكية يتم بقوة الشرع وحكمه (١) .
بمعنى أن المشتري قد نشأ له حق جديد بعد أن لم يكن .
أما بالنسبة للمعقود عليه ، فالملكية ثابتة له في الحالين ، ولا جديد وغاية ما في الأمر ، أن المالك قد تبدل .
معنى كون الفقه الاسلامي ذا نزعة موضوعية يأخذ

بالارادة الظاهرة :

الارادة الظاهرة تعني " الصيغة القولية ، أو مايقوم مقامها .
فكل لفظ تتمحض صيغته للحال (كالفعل الماضي) ، يؤخذ به
وينعقد العقد على أساسه ، لأن الارادة الظاهرة صريحة وواضحة ،

(١) ذلك ، لأن من المقرر في الفقه الاسلامي ، أن آثار العقد جعلية
بمعنى أن الشارع هو الذي يرتب آثار العقد ، وليس للمتعاقدين
مدخل في ذلك ، لأن مجال ارادتهما مقصور علي انشاء العقد
فحسب ، وذلك خشية طغيان هذه الارادة ، أو تنكبها جادة
العدل ، أو اتجاهها الى هدم مقاصد التشريع ، تحت ستار
تصرفات ظاهرة الجواز ، كما قدمنا .
فالعقد ينتج آثاره فور انعقاده صحيحا ، وقوة الشرع سواء -
أكانت آثاره نقل ملكية عقار أو منقول ، كما في البيع ، أو منفعة
بعوض كما في الاجارة ، أو ثبوت حق احتباس على عقار أو منقول
دون انتفاع كما في الرهن -

لا احتمال فيها لمعنى الاستقبال أو الوعد ، أو التردد أو -
المساومة حتى لو ادعي الموجب أو القابل أنه لا يقصد معنى انشاء العقد
في الحال لا يؤخذ بادعائه ، بل يؤخذ بظاهر قوله الصريح القاطع ،
ولو أقسم يميناً على صدق ادعائه ، لا يقبل .
وربما يكون صادقا في ادعائه ، ولكن القضاء لا يأخذ الا بظاهر القول
الصريح ، عملاً بمبدأ استقرار التعامل .

- أما اذا كان اللفظ يحتمل الحال والاستقبال ، ولا قرينة ترجح
أحد الاحتمالين فانه يؤخذ فيه بالارادة الباطنة حينئذ (١) ، لأن
الارادة الظاهرة هنا غير واضحة ، بل محتملة ، فدعت الحاجة حينئذ
الى تعيين المراد بالنية ، أى الأخذ بالارادة الباطنة ، فيتـرك
للمتعاقد أن يثبت مراده ، بأن يرجح أحد الاحتمالين بما يدلي به
من دليل .

- وذلك كما في اللفظ المضارع .

- أما اذا كانت صيغة الفعل المضارع مقرونة بما يفيد تحضها أو
خلوصها للاستقبال ، دون أى احتمال آخر بأن كانت مقرونة بالسين
أو سوف فانه يؤخذ بهذه الارادة الظاهرة الصريحة المتمحضة للاستقبال
فلا ينعقد العقد ، لأن الارادة الظاهرة هنا واضحة ، ولا تفيد انشاء
العقد في الحال ، فلا يعدل عنها الى الارادة الباطنة ، ولو نبوى
المتعاقد الايجاب ، لا يقبل ، لأنه استعمل صيغة متمحضة للاستقبال ،
وهي صريحة فيه ، فلا يعدل عنها ، ومن ثم لا ينعقد العقد ، ولا
عبرة بالنية .

(١) البدائع : ج ٥ ، ص ١٣٣ وما يليها ، للكاساني .

والخلاصة : ان الأصل في صيغة العقد — في الفقه الاسلامي
الأخذ بالارادة الظاهرة ، اذا كانت هذه الارادة واضحة ، فان
تمحضت الصيغة للحال انعقد العقد ، وان تمحضت للاستقبال لا ينعقد
— أما اذا كانت الصيغة محتمة ، غير واضحة ، بان احتملت الحال
والاستقبال تعين الأخذ حينئذ بالارادة الباطنة ، والرجوع إلى
النية ، فان قصد بالصيغة الايجاب انعقد العقد ، والا لم ينعقد (١)
وسياتي مزيد بيان في بحث الصيغة .

— وليس معنى كون الفقه الاسلامي يعتد بالارادة الظاهرة
وانه ذو نزعة مرضوعية غالبية ، أنه لا يعتد بالارادة الباطنة ، بل
المراد أن ذلك هو الغالب السائد .

البحث الثاني

الفرق بين العقد والالتزام والتصرف

١ — قلنا أن العقد بمعناه العام كل تصرف يعبر عنه بالقول أو —
ما يقوم مقامه ، لانشاء التزام ، سواء أكان قوامه ارادة منفردة
تنشئ التزاما دون أن يقابله التزام من طرف آخر ، ودون أن
يتوقف على قبول آخر ، كالوقف واليمين والنذر والطلاق المجرد ،
أم كان قوامه ارتباط ايجابي بقبول لأحداث أثر شرعي في محل
الالتزام . فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات

(١) البدائع : ج ٥ ، ص ١٣٣ — ١٣٤ . الفتاوى الهندية : ج ٣
ص ٤ وما يليها ، تبیین الحقائق : ج ٤ ص ٤ وما يليها للزيلعي
— مصادر الحق : ج ١ ص ٨٠ وما يليها : للدكتور السنهوري .

الشرعية (١) .

غير أن اطلاق العقد بهذا المعنى العام الذي ذهب اليه بعض الفقهاء غير شائع في الاستعمال ، بل الذي يدل عليه لفظ " العقد " عند اطلاقه هو ما صدر من طرفين بارتباط ايجاب أحد هما بقبول من الآخر . وهو المعنى الخاص السائد عند جمهور الفقهاء ، على ما بينا .

٢ - أما الالتزام : فهو يطابق العقد بمعناه العام ، لأنه تصرف قوامه ارادة أحداث أثر شرعي ، سواء صدر من جانب واحد ، أم من طرفين بحيث تتلاقى ارادتهما على أحداث أثر شرعي .

- والالتزام بهذا المعنى أعم من العقد بالمعنى الخاص كما ترى (٢) .

- وعلى هذا ، فكل عقد التزام وليس كل التزام عقداً .
- على أن بعض الفقهاء يطلق الالتزام على التصرف بارادة منفردة ، فيكون مقابلاً للعقد بالمعنى الخاص .

٣ - أما التصرف : فاما أن يكون قولياً أو فعلياً .

أ - والتصرف القولي نوعان :

١ - تصرف قولي لا ينشيء التزاماً ، وذلك كالاتقرار بحق

(١) أحكام المعاملات الشرعية : ص ٢٠٠ ، الاستاذ علي الخفيف .

(٢) نظرية العقد في الشريعة الاسلامية : ص ١ - ٢ للاستاذ

محمود شوكت .

- بيان الالتزامات : للاستاذ احمد ابراهيم ص ٢١ و ص ٤١ - ٤٢ .

لأنه اخبار بثبوت حق للغير على النفس نشأ بسبب سابق

- على الاقرار ، وكرفع الدعوى ، لا يرتب التزاما
- وكلاهما تصرف شرعي قولي بإرادة منفردة

٢ - تصرف قولي يقتضى "التزاما" : سواء أكان قوامه ارادة منفردة أم ارادتين وبذلك يشمل العقد بالمعنى الخاص والالتزام

- وعلى هذا فالتصرف القولي بنوعيه أعم من العقد ومن الالتزام اتفاقا (١)

- فكل عقد أو التزام تصرف قولي ولا عكس
- ب- أما التصرف الفعلي فنوعان :

١ - مشروع : ويرتب الشارع عليه حكما اذا صدر من مميّز كالاستيلاء على المال المباح وقبض الدين ، والرجعة الفعلية

٢ - غير مشروع ، كالغضب والسرقه ، والقتل

- فكل من التصرف الفعلي المشروع وغير المشروع يرتب الشارع عليه أثرا ما

- وعلى هذا ، فالتصرف هو ما يصدر من الشخص المميّز بإرادته قولاً أو فعلاً يرتب الشارع عليه أثراً ما

(١) الملكية ونظرية العقد : ص ١٨٣ للشيخ محمد أبي زهرة

(٢) المدخل للفقه الاسلامي : ص ٥٠٨ - ٥١٠ للأستاذ محمد سالم مذكور - هذا والرجعة الفعلية يرتب الشارع عليها آثاراً دون توقف على نية الحنفية والحنابلة - المرجع السابق

المبحث الثالث

الفرق بين الوعد والعقد

أ - من حيث المفهوم :

الوعد مجرد اخبار عن انشاء أمر في المستقبل دون التزام له في الحال (١) كما لو قال : سأقرضك عشرين ألف ليرة سورية لو اشتريت بيتا . أما العقد فانه : ارتباط أساسه تراخى يحدث التزاما في الحال .
ب - من حيث الحكم أو القوة الملزمة :

العقد يجب عليه الوفاء بما التزم به بإرادته الحرة ديانه وقضاء ، فيجبر قضاء على تنفيذ التزاما لعقدى اذا امتنع بالاجماع .
أما الوعد فالاجماع منعقد على أنه يجب الوفاء به ديانه ، لأنه من مكارم الأخلاق . أما قضاء ، فالجمهور على أن الواعد لا يجبر على تنفيذ وعده ، فهو مخير في الوفاء بوعده ، ان شاء أو في وان شاء أخلف خلافا لابن شبرمة الذي يرى وجوب الوفاء بالوعد قضاء .
غير أن للمالكية أقوالا في حكم الوفاء بالوعد قضاء ، أشهرها : أن الواعد يجبر على الوفاء بوعده ، ان كان معلقا على سبب ، وقام الموعود .

(١) جاء في فتح العلي ، في الفقه المالكي : " وأما العدة - الوعد - فليس فيها التزام الشخص نفسه شيئا الآن ، وإنما هي - كما قال ابن عرفة - أخبار عن انشاء المخبر معروفا في المستقبل .

المبادئ العامة التي تقوم عليها أحكام نظرية العقد
في الفقه الاسلامي

أولا : مبدأ الرضائية في العقود : (في تكوين العقد) .

أرسى القرآن الكريم ، والسنة المطهرة هذا " المبدأ " بنصوص صريحة قاطعة .

— قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ، لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " .

وقوله تعالى : " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا ، فكلوه هنيئا مريئا . وقال — صلى الله عليه وسلم — " انما البيع عن تراض " .

وقال — صلى الله عليه وسلم — " لا يحل مال امرئ الا عن طيبة من نفسه " .

فالآية الكريمة الاولى ، تدل بعبارتها صراحة على أن الأصل في ثبوت الحق في مال الغير هو " رضا " صاحب هذا المال ، اذا كان ذلك على سبيل التجارة والمعاوضة . وهو ما أكدته السنة القولية : " انما البيع عن تراض " .

(١) في حكم الوفاء بالوعد في الفقه المالكي خلاف تلخصه فيما يلي :

أولا : لا يجب الوفاء به مطلقا .

ثانيا : انه يجب الوفاء اذا كان معلقا على سبب .

ثالثا : انه يجب الوفاء به اذا كان معلقا على سبب ، ودخل

الموعود في السبب جرا الوعد .

رابعا : ان الوعد يجبر على الوفاء بوعده قضا في جميع الاحوال الا لما منع بان مات أو أفلس .

فلا يثبت حق المشتري فعلا في ملكية المبيع ، ولا تنتقل اليه ، الا برضا صاحبه ، ونظير هذا ، أن لا يثبت حق البائع في الثمن في ذمة المشتري الا برضاه أيضا .

فتراضي الطرفين هو الأساس في ثبوت الحق لكل منهما في مال الآخر على سبيل التبادل والمعاوضة ، دون أن يتوقف ذلك على شيء آخر وسوف التراضي .

والتجارة شاملة لكثير من التصرفات والمعاملات التي تنشيء التزامات وآلية الكريمة الثانية تدل بعبارتها صراحة أيضا على أن الحق يثبت في مال الغير على سبيل الهبة والمفحمة برضا صاحب المال ، وطيب نفسه . فالمناط في حل الانتفاع بمال الغير هو طيب النفس .

هذا وثبوت هذا الحق " حل الانتفاع " برضا صاحب المال قد صح به الحديث الشريف : " لا يحل مال امرئ الا عن طيبة من نفسه " .
والخلاصة : ان المناط في ثبوت الحق في مال الغير ، وحل الانتفاع به معاوضة أو منحة ، هو الرضا .
فالعقد الرضائي معناه أن الشرع يحكم بتمام انعقاده بمجرد التراضي بين طرفيه .

ومبدأ الرضائية هذا مهيم على الأحكام العامة للعقد ، وهي التي يطلق عليها نظرية العقد .
وهذا المبدأ متفرع عن أصل عام في التشريع الاسلامي هو مبدأ " سلطان الارادة العقدية " .

— فالارادة الانسانية ذات سلطات في انشاء التصرفات في الفقه الاسلامي في مجالات ثلاثة .

- ١ - في انشاء العقد وتكوينه .
 - ٢ - في استحداث عقود جديدة تقتضيها مصالح الناس في كل عصر وبهيئة .
 - ٣ - في تحديد او تعديل آثار العقد زيادة أو نقصا عن طريق الشروط المقترنة بالعقد تقييدا وقد بينا المجال الاول .
- سنعرض للمجالين التاليين ، ويجمعهما — في الواقع — مفهوم واحد ، هو : مبدأ حرية التعاقد " عقودا وشروطا " .
- غير أنه إذا كان لكل مبدأ عام استثناء ، فلا بد من أن نعرض لما ورد على المبدأ الأول " مبدأ الرضائية " من استثناء .
- الاستثناء من مبدأ الرضائية في تكوين العقود وانشائها :
-
- قد منا أن الأصل أن لاشكالية في العقود (١) بل يتم انعقادها بمجرد
-
- (١) الفقه الشريعة الاسلامية ، ما كان معروفا في اسواق الجاهلية من العقود الشكلية من مثل : بيع الحصاة وبيع المناذرة وبيع الملامسة ، وقد نهى النبي — صلى الله عليه وسلم — عنها نهى تحريم :
- أنظر في هذه البيوع — البخاري وشرحه —
- للعيني ، ج ١١ ، ص ٢٦٦ — ٢٦٧ .
- راجع كتابنا " الفقه الاسلامي المقارن " بحثا مستفيضا في الشروط المقترنة بالعقد تقييدا .

تراضي طرفيها • غير أن الشريعة الإسلامية أوجبت أوضاعاً وشكليات معينة في بعض العقود ، لأهميتها ، أو تعلق آثارها بالامصلحة العامة ، كعقد الزواج مثلاً •

١ - الشكلية في عقد الزواج :

— عقد الزواج — بما له من صلة بتأسيس القربات ، وبالنسب ، وبناء أسرة هي لبنة في البناء الاجتماعي ، احتاط المشرع في أمره فأوجب شرطاً لصحته ، " الشهادة " ، وبذلك كان عقد الزواج بمجرد التراضي ودون شاهدين ، عقداً فاسداً يجب نسخه لقوله — صلى الله عليه وسلم : " لا نكح الا بولي وشاهدي عدل " •

هذا ، وبعض المذاهب أوجب الشكلية في صيغته من الايجاب والقبول ، بأن يكونا بلفظي النكاح أو التزويج خاصة ، دون سواهما من الألفاظ الأخرى التي تؤدي معناها مجازاً وبالقرينة •

— قاعدة : " العبرة في العقود للمعاني ، لا للألفاظ والمباني " لاتشمل عقد الزواج في نظر هذه المذاهب التي توجب " الشكلية " في صيغته ، وحجتهم في ذلك : ان في عقد الزواج معنى تعبدية فلا بد من التزام الفاظ معينة في التعبير عنه •

ولكن هذا الرأي مرجوح ، بالأدلة التي لا يتسع المقام للدلالة بها لدحضه ، وإثبات أن التعبير عن الإرادة في عقد الزواج يجوز بكل لفظ ينهي عنه ، ولو مجازاً اذا قامت القرينة على هذا

- المعنى (١) ، على ماسياتي بحثه في صيغة العقد .
٢ - شكلية التسليم في العقود العينية :

والارادة في " العقد العيني " لاتظهر بمجرد الايجاب والقبول بل لابد من تسليم (العين) محل العقد ، ليتم ، ولهذا سمي عينا .
والعقود العينية - في الفقه الاسلامي - خمسة : الرهن ، والقرض والاعازة ، والايداع ، والهبة .

فلا يتم العقد العيني ، ولا أثر له بالتالي ، قبل قبض " العين " محل العقد (٢) بمعنى أن عقد الرهن مثلا لا يتم ولا يصبح ملزما

- (١) وهذا هو مذهب الحنفية ، خلافا للشافعية الذين يشترطون لفظي النكاح أو التزويج ، ومشتقتهما كما قدمنا .
أما فيما يتعلق بالشهادة في عقد الزواج ، فالجمهور على أنه شرط صحة ، خلافا للمالكية وقتها الشيعية الامامية ، فقالوا انه مستحب مندوب اليه وليس شرطا للانعقاد ، وثمة تفصيلات أخرى لا يتسع المقام لسردها . - الهداية : ج ١ ص ١٤٩ .
- على أنا نرى أن الشهادة هنا اشترطت وسيلة للاثبات وخشية الجحود في مثل هذا العقد الخطير الشأن ، ولذا ، فان الامام مالكا يرى الاعلان . وعلى هذا بقي المبدأ في ذاته سليما
اذ العقد منعقد ، بمجرد التراضي غير انه يشترط قبيل الدخول للزواج .
العقد منعقد الرهن مثلا لا اثر له قبل تسليم العين المرهونة الى المرتهن ولا يستطيع المرتهن اجبار الراهن المدين على تسليم العين بمجرد الايجاب والقبول ، ان لم يكن قد سلمها . - اما بعد التسليم فيصبح العقد ملزما للراهن لأنه تم بالتسليم ، فاذا استرد الرهن بدون رضا المرتهن ، طالبه المرتهن باعادته وأجبره قضائيا على ذلك .

للراهن ، الا اذا سلم الراهن العين المرهونة الى الفرتهم —
فاذا تم عقد الرهن بالقبض فلا يملك الراهن بعدئذ أن يسترد " العين " .
دون رضا المرتهن .
أما قبل التسليم ، فلا يملك المرتهن أن يجبر الراهن على تسليم المرهون
لأن العقد لم يكن قد تم ، فلا أثر له (١) .
وكذلك " الهبة " لا تتم بمجرد الايجاب والقبول ، بل لابد من القبض (٢)
— وهذا عند جمهور الفقهاء .
(٣)
واستدلوا بقوله — صلى الله عليه وسلم : " لا تجوز الهبة الا مقبوضة " .
وأیضا ، ان عقد التبرع عقد ضعيف في ذاته ، ولذا لا يتعلق به صفة
اللزوم . والملك الثابت للواهب قوى ، فلا يزول بعقد أو بسبب ضعيف
حتى ينضم اليه ما يؤيده ، وهو التسليم بعد ايجاب عقد التمليك لغيره (٤)

-
- (١) المدخل الفقهي : ج ١ ص ٣٦٤ للاستاذ الزرقاء .
(٢) وهو مذهب الامام أبي حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم .
— وبهذا الرأي اخذت مجلة الأحكام العدلية .
فقد جاء في المادة / ٥٧ / منها ما يلي : " لا يتم التبرع الا بالقبض " .
وفي الهبة نصت المادة / ٨٣٧ / : تنعقد الهبة بالايجاب والقبول
وتتم بالقبض
(٣) المبسوط : ج ٢ ص ٢٤٧ — للسرخسي .
— وراجع : المغني ، ج ٧ ص ٤٣١ لابن قدامة
(٤) المرجع السابق
الموجبات والعقود : ج ٢ ص ٢٨٥ وما يليها للدكتور الحمصاني .
— المدخل الفقهي : ج ١ ص ٣٦٤ للاستاذ الزرقاء .

وأما في عقد الرهن ، فقد جاء في (مجلة الأحكام العدلية) في
المادة ٧٠٦ ما يلي :

" ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن ، ولكن مالم
يوجد القبض ، لا يتم ولا يلزم ، فللراهن أن يرجع عن الرهن قبـل
التسليم "

استثناء عقد الوصية من عقود التبرع من حيث
شروط التسليم :

طبيعة عقد الوصية ، من حيث أنه يفيد تمليكاً مضافاً إلى ما بعد الموت
بشرط قبول الموصى له بعد موت الموصي ، أو عدم رده للوصية ، فتنتقل
ملكية الموصى به إلى الموصى له — تجعل شرط التسليم مستجيلاً بالنسبة
للموصى المتوفي ، فلذا استثنى من القاعدة العامة في عقود التبرع ، فلم
يشترط شكلية التسليم لتامه .

والخلاصة : أن الأصل العام هو " الرضائية " فسي تكون العقد وانشائه
وإن الشكلية استثناء (١) في عقود معينة .
ثانياً : مبدأ حرية التعاقد :

يتخذ هذا المبدأ مجالات ثلاثة أيضاً :

المجال الأول : لا كراهي عقد ما مسمى كان العقد أم غير مسمى .
المجال الثاني : انشاء عقود جديدة تقتضيها مصالح الناس في كل عصر

وبيئة ، فضلا عن العقود التي سماها الشارع ونظمت

أحكامها ، نصراً واستنباطاً بطريق الاجتهاد .

المجال الثالث : تعديل آثاره زيادة أو نقصاً ، عن طريق الاشراف في

(١) المرجع السابق .

صلب العقد ، أو بعبارة أخرى " حرية الاشتراط في العقد .
أما المجال الأول : فالتشريع الاسلامي يقيم العقد على أساس "الرضا
الكامل " بدليل أحكام الخيارات (١) وسائر أحكام عيوب الرضا .
أما الثاني : وهو مبدأ " حرية التعاقد " عقودا وشروطا ، فقد اختلف
فقهاء المسلمين فيه منذ القدم على رأيين أساسيين :
رأى أهل الظاهر : وهو داه ، عدم الأخذ بمبدأ " حرية التعاقد "

فلم يجيزوا احداث أنواع من عقود جديدة لم يتناولها الشارع -
بمعناها تسمية وتنظيما على ضوء ماورد فيها من أدلة .
وكذلك لم يأخذوا بهذا المبدأ في " نطاق العقد " فلم يجيزوا
حرية الاشتراط لما في ذلك من تعديل للآثار التي رتبها
الشارع على العقد ، وآثار العقد " جعلية " (٢) بمعنى

(١) خيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الوصف ، وخيار التعيين ،
وخيار النقد ، وقبل هذا وذاك " خيار المجلس " وغير ذلك
من الخيارات . - هذا ، بالإضافة الى " عيوب الرضا " من
الاكراه والغلط ، والتدليس مع الغبن الفاحش ، والغبن
الاستغلالي . - وسيأتي بحث ذلك كله في مقامه .
- راجع مؤلفنا " أصول التشريع الاسلامي ، ومناهج الاجتهاد
بالرأى ص ٢٧١ و ص ٢٧٢ وما يليها .

(٢) وسيأتي مزيد تفصيل في هذا الموضوع ، عند بحث الشروط المقرنة
بالعقد " - فالعقد أسباب جعلية وليست طبيعية ، بمعنى أنها
أسباب جعلها الشارع طريقا لآثار رتبها هو عليه

أن الإرادة الانسانية تنشي التصرف فقط ، وأما آثاره ، فبترتيب
الشارع ، لا بفعل المتعاقد ، اللهم الا اذا ورد بالشرط نص ، أو انعقد
عليه اجماع (١) .

- وعلى هذا - فالاصل المنع ، حتى يرد الدليل المبيح من الشارع
نصاً أو اجماعاً .

- وهذا ما يقضي به أصلهم من التمسك بظواهر النصوص ، والوقوف ،
عندها ، ورفض أصل التعليل ، وما تفرع عنه من القياس ، والمصلحة
المرسلة . وأدلتهم في ذلك ما يأتي :

أولاً : قوله - صلى الله عليه وسلم - من عمل عملاً ليس عليه أمرنا
فهو رد (أي باطل ومردود) .

قالوا ، فهذا النص صريح في اعتبار كل عقد يحدثه الناس ، ولم يسرد
من الشارع نص يبيحه بعينه ، أو لم ينعقد على مشروعيته اجماع المجتهدين (١)
باطلاً . والشرط كذلك لأن الشروط عقود ، والمعقود شروط اذ العقد

(١) الظاهرية لا يقولون بأصل "التعليل" ولذا لا يجيزون القياس
فلا يعتبرونه أصلاً من أصول التشريع ، ومعلوم أن القياس فرع
التعليل .

أما الاجماع ، فمردء الى دليل من الشارع ، اذ لابد في الاجماع
من أن يكون له "مستند" من الكتاب ، أو منهما معا .
(٢) يقول ابن ا حزم الاندلسي في هذا الصدد : " فصح بهذا النص
بطلان كل عقد عقده الانسان والتزمه الا ما صح أن يكون عقداً ،
جاء النص أو الاجماع بالزامه باسمه " . - الاحكام في أصول الاحكام
ج ٥ ص ٣٢٧ - فالاصل - كما ترى - المنع ، والاباحة استثناء .
راجع في هذا الموضوع ، بحثاً مستقيماً للمؤلف في الشروط المقترنة
بالعقد تقييداني كتابنا " الفقهاء المقارن " طبع جامعة دمشق ١٩٨٠

يتضمن التزاما بنتائجه ، فكذاك الشرط .

ثانيا : قوله — صلى الله عليه وسلم — (ما بال أقوال يتشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، كتاب اللعاقق ، وشرط اللعاقق .
ووجه استدلالهم بهذا الحديث الشريف ، أنه صريح ، الدلالة على معناه .
من أن كل شرط — ويشمل العقد — لم يرد في كتاب الله ما ينهض — بمشروعيته بعينه ، أو لم يزد به اجماع ، باطل (١) .
وعلى هذا فالشرط عند الظاهرية اما صحيح ، وأما باطل ، ولا واسطة بينهما .
وقالوا : ان الشرط الباطل يبطل العقد أيضا (٢) ، اذا اقترن به ، فان لم يقترن به ، فلا أثر له (٣) .

الرأى الثاني : ان الأصل الاباحة والجواز ، حتى يرد دليل المنع ، فكان من المقرر عند أولي الرأى هذا : " اذا المعاملات طلق حتى يسرد المنع (٤) . — وبنائنا على هذا الرأى ، ان كل شرط يشترطه المتعاقدان

-
- (١) الاحكام : ج ٨ ص ٤١٢ وما يليها وص ١٢ وص ١٤ .
الفتاوى ، ج ٣ ص ٣٣٣ وما يليها — لابن تيمية .
 - (٢) المرجع السابق : ج ٥ ص ٦ وص ١٢ وص ١٤ وص ٣٢ .
 - (٣) الاحكام : ج ٨ ص ٤١٢ وما يليها ، وج ٥ ص ٦ وص ١٢ وص ١٤ .
وص ٣٢ لابن حزم — الفتاوى : ج ٨ ص ٣٣٣ وما يليها لابن تيمية .
 - (٤) اصول التشريع الاسلامي : ص ٢٦٦ وما يليها للمؤلف .
— وانظر في أدلة هذا الأصل ، ووجه الاستدلال بها .
— ومعنى قولهم : " المعاملات طلق " أى مباحة فغير مقيد بمقيد يمنعها ، فالاصل أنها مشروعة حتى يرد من الشارع دليل يمنعها .

أو أحدهما في صلب العقد ، بل كل عقد يحدثه الناس ، ويطلقون عليه اسما جديدا ، جائز شرعا ، ما لم يرد دليل من الشرع يحرمه ، من نص أو قياس .

- هذا هو مذهب الحنابلة ، وقريب منه مذهب المالكية (١) وحجتهم في ذلك ما يلي :

أولا : قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " .

- ووجه استدلالهم بالآية الكريمة : أنها أمرت بالوفاء بالعقود

أمراما وباطلاق ، دون تعيين لنوع العقد أو الشرط ، فدل

ذلك على أن الأصل في العقود - أو الشروط - جميعا الإباحة ،

الا ما رُود من الشارع نهي عنه (٢) .

- فلو لم يكن الأصل في التعاقد هو الإباحة - عقودا وشروطا - لمسا

أمر الشارع بالوفاء بها باطلاق (٣) دون تقييد بنوع معين منها .

ثانيا : - قوله صلى الله عليه وسلم : " المسلمون عند شروطهم "

- يقضي هذا الحديث بظاهرة لزوم الوفاء بشكل شرط (٤) الا

(١) من حمل لواء هذا الأصل ، وتولى الدفاع عنه ، الامام ابن تيمية

في كتابه " الفتاوى " ج ٣ ص ٣٢٩ وما يليها .

(٢) المرجع السابق .

(٣) بل اعتبر ناقض عهد منافقا خالصا ، قال صلى الله عليه وسلم :

" أربع من كن فيه ، كان منافقا خالصا ، ومن كان فيه خصلة منهن

كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، اذا حدث كذب ، واذا

وعد أهلف ، واذا عاهد غدر ، واذا خاصم فجر " .

(٤) والعموم يستفاد من كلمة شروطهم لانها من الفاظ العموم ، اذ من

المعلوم أن الجمع المضاف يفيد العموم - على ما هو مقرر في

علم الاصول .

ماخص بدليل مانع ، اذ لا يكون المسلم عند شرطه الا اذا لزمه
الوفاء به ، فاذا استجمع التصرف القولي مقوماته وشرائط صحته ، وقع
على الوجه الذى أنشأه ، بأن كان أهلا للتعاقد ، وكان المحل قابلا
لأثره ، وللعاقد ولأية عليه (١) .

— فالاصل هو الاباحة ، في حدود قواعد الشريعة ومبادئها ، والمنع
استثناء لأن المستثنى من التصرفات يتنافى ومقتضى تلك القواعد ، أو
بعبارة أخرى ، يخالف النظام الشرعي العام .

ثالثا : — وقوله : صلى الله عليه وسلم : " الصلح جائز بين المسلمين
الا صلحا حرم حلالا ، أو أحل حراما ، والمسلمون على شروطهم ، الا
شرطا حرم حلالا ، أو أحل حراما .

— ووجه استدلالهم بهذا الحديث الشريف : أن الذى يحرم ،
اشتراطه هو ما كان مناقضا للشرع ، وأصوله الثابتة ، أو بعبارة أخرى ،
مناقضا لما كان ثابتا قطعيا من نص خاص (١) أو أصل من أصول النظام
الشرعي العام ، لأن مناقضة الشرع باطلة ، اذ هي مضادة لارادة الشارع
فيما يؤدى الى ذلك من الشرط يكون باطلا .

— وعلى هذا ، فالشرط الذى يحل حراما ، أو يحرم حلالا ، باطل
للمناقضة والمضادة .

— والشرط الذى يسقط ما أوجبه الله تعالى باطل أيضا .

— فالشرط الصحيح اذن هو الذى يوجب ما لم يكن واجبا ولا حراما .

(١) الهدائع : ج ٥ ، ص ٢٥٩ — للكاساني .

(٢) بتناول المسألة عينها التي تناولها الشرط بحكم مخالف .

- ودهي أن مالم يكن واجبا ، ولا حراما ، هو المباح .
— والمباح قدما استوى فيه طرفا الفعل والترك ، وجعلت الخيسرة
فيه للمكلف ، يختار أيهما شاء ، فان شاء أقدم ، وان شاء
أحجم ، على ضوء من مصلحته الذاتية .
— اذا تقرر هذا ، فان التعاقد له أن يلزم نفسه بنفسه ،
وبارادته الحرة ، بأحد طرفي المباح فيوجب الفعل على نفسه ، أو
يوجب الترك ، ألا ترى أن " الناذر " له أن يوجب على نفسه مالم
يسكن واجبا عليه في الأصل ، ويعتبر ملتزما شرعا بنذره (١) ، بينما
لم يكن ملتزما بذلك قبل النذر ، وكذلك الشرط .
— ولا مناقضة هنا ، لأن كل ما في الأمر ، أن الشارع لم يوجب
المباح ، وعدم الإيجاب لا يدل على نفي الإيجاب ، حتى يكون المشروط
مناقضا لإرادة الشارع .
رابعا : ان الله تعالى قد جعل " مناط " الحل في التجارة —
والمعاملات ، هو " التراضي " لقوله تعالى : الا أن تكون تجارة عن
تراض منكم " على ما أسلفناه .
— كما علق جواز الأكل من المال المنوح هبة ، على طيب النفس ،
وهو الرضا بقوله تعالى : " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا ، فكلوا
هنيئا مريئا " .
— ولهذا يقول الامام ابن تيمية : " الاصل في العقود رضا المتعاقدين
ونقيضتها هو ما أوجبا على أنفسهما بالتعاقد (٢) .

(١) لقوله تعالى : " وليوفوا نذورهم " — وهذا مذهب الحنابلة
في حرية الاشتراط .
(٢) الفتاوى : ج ٣ ص ٣٢٩ لابن تيمية اصول التشريع ص ٢٧٢ — للمؤلف

— وهذا يؤكد أن الأصل هو الحل والاباحة في التعاقد ، الا ما ثبت تحريمه •

— هذا وعدم التحريم دليل الاباحة والا كان التحريم بغير دليل شرعي وهو تحريم مالم يحرمه الله ورسوله ، ولا يقول به أحد •

خامسا : ما رواه البخارى عن قضاء عمر رضي الله عنه انه قال : " مقاطع الحقوق عند الشـرـوط • "

— فهذا الأثر يفيد أن الحقوق تتحدد بالشروط ، وهو بعمومه شامل لكل شرط الا ما خص بدليل (١) •

ماداما : وهو دليل عقلي :

— ان عقود المعاوضات المالية ، وما يقترن بها من شروط ، هي من قبيل (المعاملات (٢) لا العبادات •

— وأصل في النصوص التي تنظم المعاملات عقودا وشروطا التعلييل لتبين وجه المصلحة ، وذلك لأن الأصل في المعاملات أنها شرعت لمصالح الناس ، فإلتفت فيها الى المعاني ، والعلل ، والمصالح ، والأعراف المرعية في المعاملات ، والأعراف^{تستنبط} أصلا الى " المصالح والأعراف الناس عليها ، هذا فضلا عن القياس والاجماع •

— فما لم يرد من الشارع ما يحرم الشرط ، أو يصطدم مع العرف ، فهو جائز ، تحقيقا لمصالح الناس التي شرعت من أجلها أحكام المعاملات جملة •

(١) روى أن امرأة اشترطت على زوجها في عقد زواجها ، بان تكون - سكتانها في دارها ولما اراد نقلها الى داره ، رفضت فتقاضيا الى عمر رضي الله عنه - فقال لها شرطها فقال الرجل : اذن يطلقنا ، فاجابه عمر بقوله : " مقاطع الحقوق عند الشروط ولها ما شرطت • - اعلم الموقعين : ج ٣ ص ٣٣٨ كشف القناع : ج ٣ ص ٥٣ •

وما يدل على أن الأصل في المعاملات الإباحة أيضا ، وهو وجودها قبل ورود الشرع ، فيحكم على كل تصرف مستحدث ، أو شرط بالاباحية استحبابا لهذا الأصل ، ويندرج هذا العقد الجديد تحت الأحكام العامة للعقود ، حتى يرد دليل المنع .
فالمنع استثناء

- وعلى هذا ، فلا يحكم على التصرف الجديد ، أو الشرط المقترح - بالعقد ، بالمنع إلا بأخذ الشرطين أو كليهما .
الاول : مناقضة شرع الله ورسوله ، ونظامه الشرعي العام بأن يحل ما حرمه الله ورسوله .

الثاني : منافاة الشرط لمقتضى العقد .
ومقتضى العقد شرع وقانون ، والمنافاة الغاء لهذا المقتضى أو الغاء للعقد نفسه ، ولا يجوز للتناقض .
- والواقع ، أن الشارع ، قد حدد للعقود التي تنشئ التزامات شرعية أحكاما عامة وخاصة قصد بها ما يأتي :
١ - عدم افضاء التصرف إلى النزاع (١)

- يطلق الفقهاء على " المعاملات " لفظ (العادات) اصطلاحا تمييزا لها عن العبادات .
(١) ذلك ، لأن النزاع يحول دون تنفيذ العقد ، وتحقيق غايته وهي المصلحة العائدة إلى المكلفين ، فيقع الناس في حرج ، أو يصبح التعامل عبثا ، لا جدوى منه .
وقد علمت أن أصل التعامل قائم على أساس تحقيق مصالح الناس ورفع الحرج عنهم لتسقيم حياتهم ، فعاد " النزاع " في التعامل على أصل شرعيته بالنقص .

- ٢ — حماية التعاقد من الغبن (١) .
- ٣ — حماية التعاقد من الوقوع في " الفرر " .
- ٤ — توفر " الرضا الكامل " حتى لا يلزم المتصرف بنتيجة عقده الرضائي ، على غير رضا منه واختيار .
- ٥ — حمايته من الاستغلال ، لظروف عامة ، أو خاصة ، كما في تحريم الاحتكار (٢) والربا .

(١) هو التفاوت بين القيمة الحقيقية والثلث ، وقد يكون فاحشا يتجاوز

ضعف القيمة وقد يكون يسيرا مغتفرا .

- هذا ، والغبن ، قد يكون مظهرا ماديا للتدليس .
- وقد يكون نتيجة لاستغلال ناحية ضعف في التعاقد المغبون من الجهل بالاسعار ، أو ظروفه من الحاجة أو الاضرار ، وهذا منهي عنه ، لقوله - صلى الله عليه وسلم : " بيع المضطر وشراؤه حرام " وقوله عليه السلام " بيع المسترسل ربا " والمسترسل هو الجاهل بالاسعار .
- أو قد يكون نتيجة لاستغلال عدم الخبرة أو ضعف نفسي من طيش بين أو هوى جامع ، كما يعتبر الفقه الوضعي .

(٢) اجمع الفقهاء على تحريم " الاحتكار " لتضافر الأحاديث الصحيحة على ذلك ، فضلا عن الاصول العامة اللفظية والمعنوية التي تنهض بهذا التحريم . اذا أفضى الى الاضرار بالناس ، بل اعتبره الاسلام جريمة اجتماعية ، بدليل الجزاء الأخرى الذي يرتبه الشارع عليها من مثل قوله - صلى الله عليه وسلم : " من احتكر على المسلمين طعامهم ، كان حقا على الله ان يقعه به معظم - بمكان عظيم - من النار . وهذا الوعيد الشديد لا يقل عن الوعيد على الربا . والعلة الجامعة بينهما انهما وسيلتا استغلال الظروف ، خاصة كانت أم عامة . - راجع في هذا بحثا مستفيضا للمؤلف في " الفقه المقارن " المقرر على الصف الرابع تحت عنوان الاحتكار والتسعير الجبرى .

• واستغلال الاضطراب (١) •

سابعا : منع انقضاء العقد الى اسقاط واجب أو تحليل محرم • من حيث المآل باتخاذ العقد وسيلة أو ذريعة الى ذلك • حماية لمقاصد - التشريع من أن يوهن بعضها أو يهدمها التصرف • إذ لم تشرع العقود ذرائع لهذا المآل المنوع بداهة (٢) •

- هذا • والقانون المدني العراقي • قد اقتفى أثر الفقه الاسلامي فسي أخذه بهذا الهدأ • إذ نصت المادة (٧٥) منه على أنه : " يصح أن يورد العقد على أي شيء آخر (٣) لا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون • أو - مخالفا للنظام العام • أو الآداب •

- ومن المعلوم أن العقود أو الشروط المحرمة • هي التي تتصل بالربا أو الغرر • أو يكون محلها غير قابل لآثارها شرعا • أو سببها والباعث عليها غير مشروع •

- وهذه عناصر تنهض بالنظام الشرعي العام في المعاملات (٤) •

-
- (١) لقوله - صلى الله عليه وسلم - " بيع المضطر وشراؤه حرام " •
 - (٢) وهذا ما سبقت الاشارة اليه في بحث " الباعث " وأثره في العقود • - لم نتعرض لمذهب الشافعية والحنفية في حرية التعاقد • لأن المقام لا يتسع لهذه المقارنه • وغاية ما يقال في مذهب الحنفية انه فتح باب هذه الحرية عن طريق " العرف " كما سيأتي بيانه في بحث " الشروط " •
 - (٣) سوى العقود المسماة التي وردت في نصوص مرشد الحيران • في المواد ٢٦٣ - ٢٦٦ •
 - (٤) راجع بحث " النظام الشرعي العام " في " المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي " : ص ٢٣٨ - ص ٢٥٩ للمؤلف • - وفي : " أصول التشريع الاسلامي " : ص ٢٥٦ - ص ٣٠٧ للمؤلف •

على أن دائرة النظام الشرعي العام في الفقه الاسلامي ، أوسع منها
في الفقه الوضعي .

— ويترتب على هذا ، أن اشرف الشارع على ابرام العقود والاشتراط
فيها ، أبعد مدى من المشرع الوضعي ، وذلك تحقيقا للمعدل ، والتوازن
بين الالتزامات في مضمون العقد ، أو اقتصادياته ، مما جعل حرية
الارادة الانسانية أو حرية التعاقد في الفقه الاسلامي أضيق منه في الفقه
الوضعي (١) .

رأينا في موقف الظاهرية من حرية التعاقد بخاصة ، وتفسير

الشريعة بعامة :

اولا— أن الأصل الذي بنى عليه الظاهرية مذهبهم في حرية التعاقد ،
بل وفي تفسير الشريعة بوجه عام . وهو الوقوف عند ظواهر النصوص
والجمود على ظاهر لغويتها ، وسد باب الاجتهاد في " التعليل "
لا يتفق وطبيعة التشريع نفسه ، أي تشريع كان ، والا لما كان ثمة فارق
بين الدرس للغوى والاجتهاد التشريعي .
— ذلك ، لأن التشريع ليس مجرد نصوص ، بل هو " دلالات " ومعان
تؤخذ بطرق متعددة ، منها عبارة النص ، وإشارته ، ومفهومه الموافق
ومفهومه المخالف ، كما يؤخذ من لوازم النص العقلية (٢)

- (١) إذ من المعلوم أنه كلما اتسعت دائرة النظام الشرعي العام الذي
يحد حدودا ويوصل قواعد لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على خلاتها
تحت طائلة البطلان ، كان مجال حرية الارادة فيه أضيق .
— مصادر الحق : ج ١ ص ٨٠ — ٨١ للدكتور السنهوري .
- (٢) من المقرر في علم أصول الفقه ، ان النص الدال على المعنى الملزوم
دال على المعنى اللازم عقلا كذلك . — اصول التشريع ص ٤٢٥
للمؤلف .

المباشرة ، وغير المباشرة ، وعن طريق مقاصد التشريع العامة (١) التي هي اصول العدل ومبانيه ، وموجهاته (٢) .
— ولهذا لا يتفق اصلهم هذا ، وطبيعة التشريع نفسه ، بل ولا تستقيم معه حياة الناس ومصالحهم .

ثانياً— وأما استدلالهم بقوله — صلى الله عليه وسلم : " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " فنحن نقول بهذا أيضاً ، اذ لا نقر عقداً ولا شرطاً يحل ما حرم الله ، أو لا يتحقق وأصوله التشريعية الثابتة ، أو ينافي مقتضى العقد ، أو نصاً خاصاً ، ورد في محل الالتزام بالشرط بحكم مخالف .
— ولكن ليس معنى هذا ، أنه يجب أن يرد من المشرع نص خاص يتعلق

-
- (١) اللوازم العقلية المباشرة ، كدلالة الاشارة — وغير المباشرة كدلالة النص ، والدلالة القياسية ، اذ كل من المعنى العقلي المأخوذ عن طريقها ليس لازماً عقلياً مباشراً ، بل عن طريق العلة المفهومة لغة في الدلالة الاولى ، والمستنبطة اجتهاداً بالرأى في الدلالة الثانية ، كما هو مقرر في علم الأصول .
— اصول التشريع الاسلامي : ص ٣٢٨ وما يليها ، للمؤلف .
(٢) أما " المقاصد " فهي المصالح العامة والخاصة التي هي غايات النصوص وأحكامها ، بل هي المصالح التي شرعت تلك النصوص من أجلها ، فكيف يمكن اغفالها أو اطراحها ؟
— لذلك كانت مباني للعدل ، وموجهاته في التشريع — الاجتهادي .
— المرجع السابق : ص ٢٨٨ وما يليها ، للمؤلف .

بالعقد أو الشرط بعينه حتى يحله ويجيزه ، فعدم ورود دليل —
التحريم كاف في الدلالة ، على الحل والمشروعية .

ثالثا — وأما استدلالهم بنص الحديث : " ما كان من شرط ليس في كتاب
الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط " فليس المقصود بكتاب الله هنا
خصوص القرآن الكريم ، بل شرع الله ، وما فرضه ، كتابا وسنة ، نصصا
واستنباطا ودلالات (١) ، كما قدمنا .

رابعا — هذا ، وإذا كان " الاصل " أن الشارع قد منع الانسان جرية
التصرف فيما يملك من مال أو حق ، واعتبره نافذا شرعا ، وكان العقد أو
الشرط في الوقت نفسه ضربا من التصرف ، نتج عن هذه المقدمة ، ان
الشارع أباح له حرية التعاقد عقودا ، وشروطا ، يقتضى هذا الأصل
، وليس لأحد ولاية الحجر على المالك فيما يملك ، الا اذا أضر بغيره
من الفرد أو المجتمع ، ضررا فاحشا ، أو صادم ناصا خاصا أمرا ، أو ألغى
مقتضى العقد ، أو اتخذ من العقد وسيلة لتحليل محرم أو هدم واجب .
خامسا وأيضاً ، اذا كان الأصل أن العقد أو الشرط ضربا من التصرف في الملك
كما قلنا .

— والتصرف في الملك نافذا شرعا ، فلا يمكن أن يكون التصرف نافذا
الا اذا ابيع للمالك أن يتصرف فيما يملك عن طريق العقد أو الشرط ،
والا لم يكن لهذا النفاذ من معنى (١) بل لم يكن للملك أو الحق من
معنى . — لهذه الأدلة ، كان مذهب الجمهور هو الراجع .

(١) أحكام المعاملات الشرعية : ص ٢٠٠ و ٢٤٠ وما يليها ، للشيخ

الفصل الأول مقومات العقد

نقصد بمقومات العقد ، ما يطلق عليه بعض الفقهاء ، " أركانه وشرائطه " سواء أكانت شرائط انعقاد ، أم شرائط صحة .
وأركان العقد ، قد درج كثير من الفقهاء على حصرها في " الصيغة " و " العاقدین " و " المحل " .
أما الباعث " - ويطلق عليه " السبب " الدافع الى التعاقد - فقد جرى فقهاء القانون على اعتباره " ركناً " في العقد ، بحيث تغدو أركانه أربعة .

(١) يطلق كثير من الباحثين في الفقه الاسلامي على مقومات العقد اصطلاح أركان العقد ، وهذا الاطلاق ليس متفقاً عليه بين المذاهب الفقهية ، اذ الحنفية يطلقون الركن على ما كان جزءاً من الماهية ، بحيث لا تتحقق الا به ، والعقد لاركن له بهذا المعنى الا " التراضي " أو " صيغة العقد " من الايجاب والقبول " وما يقوم مقامها ، وما عدا ذلك فتلوازم للعقد لا يتصور قيامه الا بتوافرها ، وهي خارجة عن ماهية العقد ، ولذلك لا يتحقق فيها معنى الركن ، عند الحنفية .
أما المالكية ومن معهم ، فيطلقون الركن على ما هو أعم من الجزء الداخلي في ماهية الشيء ، بحيث لا تتحقق ذاتيته الا به ، وعلى ما يتوقف عليه وجوده ، مما هو خارج عن ماهيته ، ولذا اطلقنا كلمة " المقومات " تليقاً لهذا الخلاف .

غير أنهم يخلطون — فيما يبدو وبين شرائط الحل وبين " الباعث " خلطا " لا يبيح " عن الدقة في التمييز بين المفاهيم ، فمن ذلك ، أنهم يعتبرون العقد باطلا لعدم مشروعية السبب اذا كان اتفقا بين طرفين على أن يقوم أحدهما بسرقة ، أو جريمة قتل ، وهذا ليس من معنى الباعث في شيء ، بل هو من قبيل شروط " محل " العقد الذي لم يتوافر فيه شرط كونه قابلا لحكم العقد وأثره ، وهو " المشروعية ان محل الالتزام هنا القيام بعمل ، ومن شروطه ، أن يكون محله مشروعا ، والجرائم ليست محلا للالتزام التعاقدى أصلا .
وأما الباعث ، فأمر وراء ذلك ، ان يقصد به الدافع أو " العنصر النفسي " الذي يحمل المتعاقد أو كليهما على تحقيق غرض غير مباشر ، فضلا عن الغرض الأصلي للتصرف ، وذلك باتخاذ التصرف المشروع في ذاته ذريعة أو وسيلة لتحقيق غرض مشروع ، مع كون العقد في ذاته ، صحيحا مستكملا أركانه وشرائطه ، صيغته ومحلا وأهليته .
وأيا ما كان ، فالقها قد تناولوا هذا " السبب " بالبحث ، ولا سيما الامام الشاطبي من الأصوليين والقها في الفروع ، والحنابلة بوجه خاص ، قد نصوا على ذلك .
— تطبيقنا لفكرة الباعث — بقولهم : " بيع المنب من خصمه خيرا باطل (١) .

(١) المغني : ج ٤ ، ص ٢٢٣ — لابن قدامة — الفتاوى : ج ٣

ص ٤٠ وما يليها — ابن تيمية وانظر نظرية الباعث في

هذا الكتاب .

ومنشأ البطلان أو علة ، هو خرم قواعد الشريعة ، باحلال محرم أو هدم واجب باتخاذ التصرف المشروع وسيلة الى ذلك ، وهذه مناقضة لقصد الشارع ، فالمناقضة بين القصدين ، قصد المكلف ، وقصد الشارع ، سبب مبطل للتصرف أو العقد بالاجماع ، بما اتخذ وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع ، وهو ضرب من التعاون على الاثم ، المنهي عنه بالنص .

غير أن " السبب " بهذا المعنى ، ليس ركناً في العقد ، بل هو شرط انعقاد ، أو شرط صحة ، على رأى الجمهور ، إذ لا يفرقون بينهما من حيث أثرهما في ابطال العقد عند انتفائهما ، بمعنى أنه يشترط أن يكون " الباعث " مشروعاً .

هذا ، ولا خلاف بين الفقهاء والاصوليين ، في وجوب أعمال " الباعث " في التصرف أو العقد ، بوجه عام ، وإنما الخلاف في التطبيق ، أى في تحقيق مناطه . فترى فريقاً منهم يكتفي بالقرائن دليلة على تحقيق مناطه في الوقائع ، وهذا أخذ بما يسى بالارادة الباطنة فيبطل العقد ، ولو كان سليماً من حيث الشكل ، وهو " لا هم المالكية والحنابلة " .

وأما الفريق الآخر ، فيأخذ بالارادة الظاهرة ، ولا يعبأ بالقرائن على

-
- (١) خلافاً للحنفية الذين يفرقون بين شرط الانعقاد ، وهو شرط تكويني ، لقيام للركن الا به ، فيؤثر انتفاؤه على قيام العقد وانعقاده ، فيكون باطلاً ، بخلاف شروط الصحة فتأثير انتفائه مقصور على أحداث خلل في وصف العقد من الفساد ، دون البطلان كما تعلم .

عدم مشروعية الباعث ، لبيطل العقد الصحيح من حيث الشكل والظاهر بل يشترط أن يكون " الباعث " مصرحاً به في عبارة أو صيغة العقد .
ليعتبره ، وهذا أخذ بالارادة الظاهرة .

وهكذا ترى أن الخلاف في تحقيق المناط ، لا في أصل القاعدة (١) .
فتخلص أن مقومات العقد في الفقه الاسلامي أربعة :

١ - الصيغة ٢ - المحل ٣ - العاقدان ٤ - السبب أو
الباعث . وتتناولهما بالبحث في فصول أربعة .

البحث الاول

صيغة العقد

يؤصل الفقه الاسلامي ، قاعدة عامة مؤداها : أن " التراضي هو
أساس التعاقد " بمعنى أن " العقد " لا ينشأ شرعاً الا بالتراضي ، وقد
ثبت ذلك بالكتاب والسنة ، وهذا ما يطلق عليه اليوم " مبدأ الرضائية
في العقود " .

أما الكتاب ، فلقوله تعالى : " لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الا
أن تكون تجارة عن تراض منكم " .

والتجارة تشمل سائر العقود والمعاملات . ووجه الدلالة ، أن الشارع
الحكيم ، قد جعل " التراضي " أساس نشوء العقد ، وحل انتفاع كل

(١) هذا ، فيما يتعلق بالسبب ، وقد آثرنا تقديم هذه الاشارة اليه
لكسي نحيله الى نظريته التي تناولت بحث تفصيلي هذا -
الكتاب ، والمقررة هذا العام حسب الخطة الدراسية الجديدة
وعنوانها " نظرية الباعث " .

من المتعاقدين بمال الآخر ، اذا استوفى سائر شرائطه ، وبمسر
بالأكل ، لأنه من أعظم ضرور الانتفاع ، لالتخصيص به ، هذا في العقود
التبادلية المالية .

وأما في التبرعات ، فكذلك ، لقوله سبحانه : " فان طبن لكم
عن شيء منه نفسا ، فكلوه هنيئا مريئا (١) " وهذا صريح ، بأن طيب
نفس المتبرع ، هو أساس نشوء حكم حل انتفاع المتبرع له بالمتبرع به —
سأل المتبرع .

يوكد هذا قوله — صلى الله عليه وسلم — : " انما البيع عن تراض "
وقوله " لا يحل مال امرئ مسلم ، الا بطيب نفس منه " .
غير أن " الرضا أو " طيب النفس " عنصر نفسي ، لا يمكن الاطلاع عليه
فأناط الشارع حكم " العقد " بما يقوم مقام هذا العنصر النفسي الخفي
وهو " الصيغة " لكونها أمرا ماديا ظاهرا منضبطا ، مدركا ، محسوسا
يمكن اثباته أمام القضاء عند النزاع وسنن الشارع في مثل هذا ، أن يقيم
السبب الظاهر المنضبط ، مقام الأمر الخفي مناطا للحكم ، كاقامة السفسر
مقام المشقة غير المعتادة ، لخفائها ، رخصة للفطر في رمضان .
فالصيغة اذن اقيمت مقام التراضي لخفايه ، مظهرها له ، ودليل عليه .
معنى الصيغة :

الصيغة هي ما يصدر عن العاقدين ، من الايجاب والقبول ،
أو ما يقيم مقامها ، من الكتابة ، والاشارة ، والمبادلة الفعلية (٢) .

(١) السنن — بفتح السين والنون — الطريقة السلوكية في الشرع ،
أو القاعدة العائنة .
(٢) يعبر عنه بالتعاطي .

قرينة دالة على التراضي ، أو اشارة على الارادة الخفية .
وبعبارة أخرى ، ما يصدر عن المتعاقدين ، من قول أو فعل . دليلا
على الارادة .

وصيغة العقد هذه ، أضحت هي المناط ، لأنها علة نشوء العقد وسبب
قيامه ، دون الارادة الخفية ، لخفاها .
على أن هذه " الصيغة " تصلح " مظنة " للتراضي ، مادام
لم يقد دليل قاطع او قرينة قوية ، تنقضها ، وتدل على أنها لا تنص
عن الارادة فعلا ، فتصبح حينئذ مفرغة من مضمونها ، كما اذا وجدت
" الصيغة " وكان أحد العاقدين مجنونا ، أو صبيا غير مميز ، لانقضاء
الارادة قطعا ، فتصبح " الصيغة " عندئذ غير ذات موضوع ، أو مضمون
فتبطل بالتالي سببها لنشوء العقد ، لقيام الدليل على انتفاء أساسه
وهو الارادة .

وعلى هذا ، فالصيغة ليست دليلا قاطعا على الارادة ، وإنما
هي مجرد قرينة تحتل اثبات العكس ، وهذا مانسب " المظنة " لقيام
احتمال بطلانها بالدليل القوي .

هذا ، ويطلق بعضهم على " الصيغة " من قول أو فعل ، " الارادة
الظاهرة " باعتبارها مظهرا تمثيلا للارادة الباطنة ، أو التراضي النفسي
والمفروض في الارادة الظاهرة " الصيغة " أن تكون مطابقة للارادة الباطنة
حتى تصلح دليلا عليها ، لأنها مظهر لها ، وقائمة مقامها ، كما بينا .
هذا ، والأصل في " الصيغة " وان تكون بالقول ، لأنه أدل على
المراد ، غير أن الشارع ، اجاز أن تكون اداة التعبير بالقول ، أو
الكتابة ، أو الاشارة ، أو الفعل ، تيسيرا للناس ورفعاً للحرج عنهم

واستجابة أحيانا لقتضيات الضرورة ، كما سيأتي تفصيله .

الفـرـع الأول مكونات الصيغة

تتكون الصيغة في العقود التبادلية ، أو ثنائية الطرف ، من
الايجاب والقبول .

اجتهاد الفقهاء في حقيقة الايجاب والقبول :

لم تتفق آراء الفقهاء على معنى " الايجاب والقبول " .
آ - فذهب الحنفية ، الى أن الايجاب (١) هو ما صدر أولا ، من
أحد المتعاقدين المملك أو الممتلك ، دالا على ارادته انشاء العقد
في الحال ، والرضا بالالتزام بآثاره .
وأما القبول فهو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر ، دالا على موافقته ورضاه
بما تضمنه ايجاب الأول . كما بينا آنفا
وعلى هذا ، فلو قال المشتري : اشتريت منك هذه الأرض ، بمائة
ألف كان ذلك ايجابا ، بصدوره أولا ، ولو كان الموجب هنا ممتلكا
وهو المشتري ، حتى اذا قال البائع ، رضيت أو قبلت ، كان ذلك
قبولا ، كان ذلك قبولا . لصدوره ثانيا ، ولو كان

(١) . الايجاب لغة الالزام والاثبات ، فالموجب هو من ألزم نفسه -

بمضمون ما صدر منه أولا حال انشاء العقد ، من قول أو فعل

وهو معنى يتفق مع المعنى الفقهي كما ترى .

أما القبول ، لغة فهو الموافقة ، والتصديق والتلقي ، والأخذ
فتح القدير : ج ١ ص ٢٤٤ - وراجع الفروق : ج ٢ - الفرق الثالث
للقرائسي .

هو المملك .

وتعليل ذلك ، أنه لا يتصور تقديم القبول ، لأن التقديم انما يكون -
للإيجاب ، بقطع النظر عن كون الموجب ، مملكا ، فالصادر أولا هو
الإيجاب .

هذا ، ولو قدم القبول لم يكن قبولا ، لانثفاء معناه ، كما
لا يتصور " تعاصر " الإيجاب والقبول ، بل لابد أن يزدا متعاقبين ،
حتى لو تعاصرا ، وصدرا معا ، لا ينعقد العقد (١) .

ب- وذهب غير الحنفية ، الى أن الإيجاب هو ما يصدر عن المملك (٢)
دون الممتلك ولو صدر متأخرا ، اذ العبوة بمعنى التملك والتملك ،
لا يتقدم صدور العبارة وتأخرها .

والقبول ، هو ما صدر عن الممتلك ، ولكننا نرى أن مذهب الحنفية ،
أرجح ، اذ القبول معناه أن شيئا قد تقدمه ، ثم تمت الموافقة عليه ،
اطلاقا للالفاظ على حقيقة مدلولاتها .

على أن كلمة " نعم " تكفي في الدلالة على الموافقة والقبول ، اذا تقدمها
الإيجاب .

الفرع الثاني

المادة اللغوية ، والصفة الزمنية للفظ الذي يتحقق به

الإيجاب والقبول

آ - المادة اللغوية : الأصل في التعبير عن الارادة ، هو اللفظ

(١) البحر الرائق / ج٥ ص ٢٦٢ - ٢٦٣ مجمع الأنهر : ج٢ ص ٤ .

(٢) كالبائع مثلا ، لأنه مالك المبيع ، فكان عقد البيع لتملك المبيع

للمشتري ، من قبل مالكة وهو البائع .

لسهولته ، وقوة دلالاته ، ولذا كان أكثر استعمالا ، وكان غيسره
من الكتابة ، أو الإشارة ، أو الفعل ، قائما مقامه .
وليس معنى هذا ، أن الفقهاء قالوا بتعيين " اللفظ " أداة للتعبير
عن الإرادة بحيث لا يتحقق الإيجاب والقبول إلا به ، فهذا ما لم يقل به
أحد ، وإنما الذي ذهبوا إليه أن كل لفظ واضح الدلالة ، يبيِّن
الاتصاح عن إرادة العاقدين انشاء العقد في الحال سواء أكان على
سبيل الحقيقة أم المجاز ، مادام مصحوبا بالقرينة الدالة ، تتحقق به
الصيغة من الإيجاب والقبول ، وينشأ العقد شرعا ، لتوافر ركته ، وليس
اللفظ شرطا . غير أن الشائعية والحنابلة ، استثنوا من هذا الأصل
عقد الزواج ، فأوجبوا أن تكون صيغة الأيجاب في هذا العقد بلفظي
النكاح والتزويج ، ومشتقاتهما ، دون غيرها من الألفاظ ، ولو كانت واضحة
الدلالة ، حقيقة أو مجازا ، لقيام القرينة ، ذهبا منهم إلى أن هذا
العقد لخطورته ، حيث يحل المرأة بعد أن كانت حراما ، وجليل آثاره
من النسل ونشاء الأسرة ، جعل الغلبة للمعنى التبعدي فيه ، فأوجب
ذلك الوقوف عند مادة اللفظ التي عبر بها القرآن والسنة ، لانشاءه ،
وهو النكاح والزواج ومشتقاتهما ، تعبدا .
أما الحنفية والمالكية ، فلم يفرقوا بين عقد الزواج وغيره ، في هذا
الصدر ، فكان اللفظ الذي يتحقق به الإيجاب في عقد الزواج في قههم
أكثر يسرا ، إذ أجازوا كل لفظ يدل على تملك العين ، ولو مجازا ،
إذا فامت القرينة التي تدل على معنى الزواج ، من تسمية المهر وقدره
واحضار الشهود ، شريطة أن يكون الشهود على بينة من هذا المعنى
أيضا ، بحيث لا يعتربه لبس ولا ابهام ، عملا بمقتضى القاعدة :

" العبرة في العقود للمعاني ، لا للألفاظ والمباني (١) " .

وعلى هذا ، ينعقد الزواج بالكفايات من الصدقة ، والجعل ،
والتملك والهبة ، إذ يجمع بينها معنى مشترك ، هو " تملك العين (٢) "
والقرينة تصرفه الى معنى الزواج المقصود ، وهو ما لم يجزه الشافعية -
والحنابلة ، كما ذكرنا ، وهو " لا " وان عملوا بقنص قاعدة " العبرة في
العقود للمعاني " في انشاء العقود ، لكنهم استثنوا منها عقود
الزواج لما بينها .

فلو قالت المرأة : وهبتك نفسي على مهر قدره عشرة آلاف ، وقال
مريد الزواج ، قبلت أو رضيت ، تم العقد ، بلفظ " الهبة " لقيام
القرينة ، وهو تسمية المهر وقدره ، على ارادة معنى الزواج ، مجازا
والمعنى المشترك بين الهبة والزواج ، هو " تملك العين " في كل
منهما ، بما يسوغ استعمال الهبة كناية عن الزواج ، والعبرة في -
العقود للمعاني ، وهذا المعنى ظاهر للشهود كذلك ، خلافا للشافعية
والحنابلة ، إذ لا يرون انعقاد الزواج بذلك ، بل لابد - في اجتهادهم
من استعمال لفظ النكاح والزواج وشقتاتهما ، كما ذكرنا -
أما " القبول " في عقد الزواج ، فلا يشترط أن يكون بلفظ الزواج
أو النكاح ، بل يصح بكل لفظ يدل على الموافقة والرضا ، كقوله قبلت
أورضيت ، اجماعا .

(١) الجلسة ، مادة ٣

(٢) ويلزم عن هذا ، أنه لا ينعقد النكاح بكل لفظ لا يفيد ذلك ،

أعني تملك العين ، بأن كان لتملك المنفعة ، يعرض أو بدون
عرض أو الاحتباس من مثل : الاعارة أو الوديعة ، أو الاجارة أو الرهن
أو مالي ذلك .

وعلى هذا ، فالفقه الاسلامي — بوجه عام — لا يتعلق بالشكلية أو اللفظية في انشاء العقود .
على أن الفقهاء استثنوا عقد الزواج أيضا ، من الأصل العام ، وهو جواز التعاقد بالنطق أو الكتابة ، أو الإشارة ، أو المبادأة الفعلية فلم يجيزوا التعاقد فيه الا بالنطق وحده ، اذا كان بين حاضرين ، وذلك لمكان الشهود شرطا في صحة عقد الزواج ، اذ لا يتأتى سماعهما للإيجاب والقبول ، في وقت واحد ، الا اذا كان التعاقد باللفظ ، دون غيره من الكتابة وما إليها .
نصم ، يجوز التعاقد بالكتابة في عقد الزواج بين غائبين ، لضرورة الغيبة ، ولا ضرورة اذا كان بين حاضرين .
هذا ، ونرجح اجتهاد الحنفية والمالكية فيما يتعلق بالمادة اللفظية التي يتحقق بها الايجاب والقبول في عقد الزواج ، بحيث ينعقد — كسائر العقود — بكل لفظ يدل عليه حقيقة أو مجازا ، اذ العبرة في العقود للمعاني كما ذكرنا .
يؤيد هذا ، أن القرآن ، والسنة المطهرة ، قد ورد فيهما استعمال لفظ " الهبة " و " التملك " تعبيرا عن الزواج ، مجازا مع اصطحاب القرينة الدالة على ذلك ، في قوله تعالى : " وامرأة مؤمنة ، ان وهبت نفسها للنبي ، ان أراد النبي أن يستنكحها ، خالصة لك ، من دون المؤمنين (١) .

(١) ولا يقال ان لفظ " الهبة " في الآية الكريمة ، انما كان جواز استعمالها تعبيرا عن الزواج ، من باب " الخصوصية " للنبي — صلى الله عليه وسلم — ومعلوم أن ما كان واردا في الشرع على سبيل الخصوصية ، فان حكمه لا يعم ، لا يقال هذا ، لان " الخصوصية " — في الواقع — انما كانت في اباحة الزواج للرسل — صلى الله عليه — بدون مهر ، لاني استعمال لفظ مكان لفظ — الاحزاب — .

وكذلك في قوله - صلى الله عليه وسلم - : " ملكتها بما معك من القرآن " وأما سائر العقود ، فيصح انعقادها بشكل لفظ يدل على ارادة انشائها ، بالكتابة مطلقا ، بل وبغير ذلك من وسائل التعبير والقاعدة العامة في هذا ، ان " الكتاب كالخطاب " (١) .
وتأسيسا على هذا ، فان " اللفظ " وان كان هو الأصل في التعبير عن الارادة التعاقدية ، بل عن المعاني النفسية عامة ، وانه أيسر ، وأدق ، من حيث كونه الارادة الطبيعية العامة ، بدليل أنه أكثر استعمالا ، غير أن الفقه الاسلامي ، لم يوجب استعمال " اللفظ " او النطق سبيلا متعينا لانشاء العقود ، ولا استعمال ألفاظ معينة بذاتها خاصة بكل عقد على حدة ، دون غيرها ، وعلى سبيل الحصر ، تملقا بالشكلية أو اللفظية ، بل كل لفظ بين الدلالة على هذه الارادة ، يصلح اداة للتعبير عنها ، حسب عرف الناس في مخاطباتهم ، وتعاملهم ويتحقق بها الايجاب والقبول وينشأ العقد ، كما يجوز بالكتابة وغيرها ، مما تعارفه الناس وسائل للتعبير عن اراداتهم لوحدة المناط ، على ما سيأتي بيانه . فلا شكلية ولا لفظية في انشاء العقود والتصرفات في الفقه الاسلامي .
ب- الصيغة الزمنية للفظ الذي يتحقق به الايجاب والقبول :

للفعل - كما هو معلوم - ثلاث صيغ زمنية : الماضي - المضارع - والأمر .

١ - أما صيغة الماضي ، فالأصل أنها للاخبار عن فعل حدث في الزمان الماضي وانتهى قبل زمن التكلم ، غير أن الشارع اتخذها صيغة للانشاء ، في عرفه هو ، والحقيقة الشرعية مقدمة على الحقيقة اللغوية

في الاعتبار .

وبيان ذلك ، أن الحقيقة الشرعية للعقد ، هي انشاء معنى في الحال لم يكن حاصلًا من قبل ، وهذا المعنى لا يوجد في اللغة صيغة خاصة به تدل عليه ، لأن الفعل الماضي - كما قلنا - اخبار عن حدث وقع في الزمن الماضي وانتهى ، قبل زمن التكلم ، ولم يوضع أصلاً لانشاء معنى في الحال ، وعند التكلم ، لذا اصطفى المشرع للدلالة على معنى الانشاء صيغة الماضي (١) ، لأنها أدل على وقوع وتحقق معنى ايجاد العقد في الحال ، دون غيرها من الصيغ الزمنية ، فكان الماضي ذا حقيقة شرعية في عرف المشرع ، فينعقد به العقد ، دون حاجة الى قرينة اونية .

على أن عرف الناس قد جرى على استعمال صيغة الماضي مسمى الايجاب والقبول ، لانشاء العقود ، في عصر الرسول - صلى الله عليه وسلم - بل قبل الاسلام ، والمشرع باصطفائه هذه الصيغة ، حقيقة شرعية للتعبير عن ارادة انشاء العقد في الحال ، يكون قد أقر هذا العرف الاستعمالي .

وأيا ما كان ، فمرد صيغة الماضي مظهرًا للتعبير عن التراضي ، بحيث ينعقد بها العقد بذاتها ، دون توقف على أي شيء آخر ، هو الشرع ، اصطفاً أو اقراراً ، وكذلك في التصرف الانفرادي ، من مثل طلق وخالعت ، ووقفت ، وأبرأت .

هذا ، وصيغة اسم الفاعل ، كصيغة الماضي ، ينعقد بها العقد بذاتها ، من مثل اني موص ، أو واقف ، أو بائع ، تعبيرا عن الايجاب ، وانسي

(١) قد وردت في السنة أدلة تفيد استعمال الرسول - صلى الله عليه وسلم - صيغة الماضي في انشاء العقد .

مشتر ، أو راصر أو قابل ، تعبيراً عن القبول - وما مثله ، كسل .
ذلك ينعقد به العقد ، دون توقف على نية أو قرينة .
على أن العرف في صيغ العقود محكم .
وعلى هذا ، فإن صيغة الماضي للأفعال ، اعتبرت - في حد ذاتها -
سبباً ينشأ العقد (١) به ، ولو أنها في أصلها اللغوي اخبار ، -
تقدماً للحقيقة الشرعية على الحقيقة اللغوية ، كما أشرنا ، وهذا مما
انعقد عليه الاجماع .

٢ - صيغة المضارع :

الفقهاء يوثرون التعبير بصيغة الماضي ، لأنها أدل على الإرادة
الجازمة في انشاء العقد ، حال التكلم ، وتحقق معناه ، من سواها ،
فكانت أفضل ، ولكنها ليست شرطاً لصلاحية الصيغة لانعقاد العقد بها
حتى اذا عبر العاقدان " بصيغة المضارع " وقامت " القرينة " على
إرادة انشاء العقد في الحال ، انعقد العقد بها ايضاً ، لكن
لا بد من ثبوت النية أو قيام القرينة التي تثبت هذا القصد . ذلك ، لأن
" صيغة المضارع " ليست متمحضة الدلالة على الحال ، في أصل
وضعها اللغوي بل تحتل الدلالة على المستقبل أيضاً ، وترجع دلالتها
على الحال ، انما يكون بالنية والقصد ، أو القرائن الملائمة فاذا قال :
أبيعك هذا البيت بمبلغ كذا الآن ، وقال الآخر ، رضيت او قبلت ، انعقد
العقد بها ، لقيام " النية " على إرادة انشاء العقد في الحال ، -
بقوله " الآن " وهي قرينة لفظية تقطع احتمال إرادة معنى الاستقبال

(١) فلا تدل حينئذ على إرادة انشاء العقد في الحال ، بل على
الوعد مستقبله ، أو المساومة ، وهذا مما يتنافى مع معنى العقد بداهة .

الذى يفيد الوعد بانشاء العقد في المستقبل او المساومة ،
مما يتنافى مع الارادة الجازمة التي تتجه الى انشاء العقد في الحال
لأنها أساس التعاقد ، أو مناط الانعقاد .
وتفسير اشتراط النية أو قيام القرائن في استعمال " صيغة المضارع "
هو كثرة استعمال هذه الصيغة في الاستقبال (١) ، دون الحال ،
وهو مما يضاد معنى العقد ، وحقيقته ، من حيث كونه انشاء معنى في
الحال ، باتجاه الارادة الحاسمة النهائية الى ذلك ، فلا ينعقد العقد
بهذه الصيغة الا بالنية ، أو بالقرائن الملازمة التي تدل على ترجيح -
ارادة الانشاء في الحال ، وقطع احتمال الوعد او المساومة في المستقبل .
وعلى هذا ، فاذا لم تثبت النية ، أو القرينة ، لا ينعقد العقد بهذه
الصيغة ، كما قلنا . ومن باب أولى ، لا ينعقد العقد بهذه الصيغة
(المضارع) اذا اقترن بها ما يدل على تمحضه للاستقبال ، من مثل
السين أو سوف ، حتى ولو نوى بها العاقد الايجاب والقبول ، فلو قال :
سأبيعك سيارتي هذه بمبلغ كذا ، أو سوف أبيعها ، لا ينعقد العقد ،
لتمحض هذه الصيغة للاستقبال الذى يفيد الوعد أو المساومة ، فلا تصلح
دليلا على الارادة الجازمة لانشاء العقد في الحال ، ولو نوى ذلك
أخذا بصريح دلالة الصيغة ، أو العبارة أو ما يفسى بالارادة الظاهرة .
العرف حجة في ترجيح أحد احتمالات الصيغة الزمنية للفظ .

اتفق الفقهاء على أن " صيغة المضارع " اذا تمحضت للدلالة
على الحال ، عرفا ، انعقد بها العقد ، دون توقف على قرينة

أونيسة (١) وصارت كصيغة الماضي • فالمدار - كما ترى -
على العرف في ترجيح أحد احتمالات الصيغة الزمنية •
وتفسير ذلك ، ان العرف يخرج الصيغة المحتملة عن أن تبقى مجالا
للشك أو الاحتمال ويعين لها معنى واحد ، يجب الصير اليه ،
وَأأخذ به لجريان العرف على استعمالها فيه وحده ، بحيث اوضحت
لاتدل الاعليه ، لذا كان وجوب تقديم الحقيقة العرفية هذه ، على
الحقيقة اللغوية للصيغة ، أو للفظ وأصلا من أصول التفسير ، اذا العرف
نفسه أصبح هو " القرينة " الدالة على ذلك المعنى المتعين فهمه
من الصيغة حين استعمالها ، واعتباره مرادا للعاقدين من تلك الصيغة
اذا استعمالها فيه ، بحكم تواضع الناس عليها ، فضلا عن أنها دليل
في الوقت نفسه - على هجر الناس لسائر احتمالات معناها اللغوي ،
والا ماجرى تعارضهم عليها ، واحتكامهم اليها ، عند النزاع •
هذا ، والاستفهام لا ينعقد به العقد ، لأنه ليس انشاء للعقد ، بل
طلب الاجابة عن سؤال ، ماعدا عقد الزواج ، فانه يتم بالاستفهام
وبالمضارع ، والأمر على السواء ، لانتفاء احتمال الوعد والمساومة فيه
فضلا عن انعقاده بصيغة الماضي فلو قال : هل تزوجني ابنتك على مهر
قدره عشرة آلاف ؟ فقال الولي قبلت ، أو نعم ، تم العقد •
٣ - فعل الأمر :

قدما أن " صيغة الماضي " ينعقد بها العقد اجماعا ، دون
أن تتوقف على شيء آخر ، لأنها تعينت بذاتها ، للدلالة على ايجاد

(١) البحر الرائق : ج ٥ ص ٢٦٤ - مجمع الأنهر : ج ٢ ص ٤ •
وقولنا : تمحضت - أي تعينت وحدها دون سواها •

العقد في الحال ، وعند التلغظ بها ، وهذا هو معنى العقسد
أخذا بظاهر هذه العبارة ، أو الصيغة ، أو ما يسى بالارادة الظاهرة
كما أشرنا .

وأما " المضارع " فان تعينت دلالة على ذلك ، عرفا ، كان
كالماضي " في الحكم ، لأن العرف يقطع احتمال الاستقبال ، فيؤخذ
حينئذ بظاهر الصيغة ، دون تحقظ على شيء آخر من قرينة أو نية .
اذ الدلالة العرفية للصيغة خجسة .

أما اذا لم يجز بصيغة المضارع عرف ، فلا يهده حينئذ من القرينة
التي ترجح ارادة الانشاء في الحال ، دون احتمال الاستقبال .
هذا ، وما يقال في " صيغة المضارع " مقول أيضا في " صيغة الأمر "
ناذا أريد به الحال ، وسمت النية أو القرينة التي تدل على ذلك ،
انعقد العقد ، وهذا هو رأى مالك والشافعي وأحمد ، اذ ليس ثمة
فرق - في اجتهادهم - بين المضارع والأمر .

فانما قال : يعني هذا المنزل بمائة ألف ، ايجابا ، فقال
الآخر ، قبلت ، أو رضيت ، أو اشتريت ، تم العقد .
أوقال مريد الشراء ايجابا ، اشتريت منك هذا البيت بمبلغ كذا ، فقال
الآخر هات الثمن ، انعقد البيع .

هذا اذا جرى العرف باستعمال صيغة الأمر في الايجاب أو
القبول ، على السواء ، للدلالة على ارادة ايجاد العقد في الحال ،
ولا يبحث عن القرينة أو النية ، لأن العرف كاف ، اذ هو القرينة أو -
الدليل على ترجيح معنى ارادة الانشاء حالا ، على أى احتمال آخر ،
ولا فرق بين عقد وعقد ، وبذلك تحمل صيغة الأمر على معنى ارادة انشاء

العقد ، أو على الايجاب والقبول ، بقريئة العرف ، دون معناها الأصلي ، وهو طلب ايجاد المأمور به نسي المستقبل .
أما اذا لم يجر العرف بذلك ، فلا ينعقد العقد ، مع قيام احتمال المساواة أو الوعد فلا بد من الترجيح بثبوت القريئة ، كما قدمنا في صيغة المضارع .

وأما الحنفية ، فالواقع أنهم لا يخالفون عن هذا الأصل .
غير أنهم قالوا فيما يتعلق بعقد البيع خاصة ، ان صيغة الأمر تحتل الدلالة على ارادة المساواة ، أو الوعد ، لأن هذه الصيغة - في أصل وضعها اللغوي - تفيد طلب ايجاد الفعل في المستقبل ، ومع هذا الاحتمال لا تكون قاطعة الدلالة على ارادة انشاء العقد حالا ، أو لم تعد متعينة الدلالة على ذلك ، ان مدار الأمر على تعيين الدلالة ، وأغلب الظن ، أن ما يلبس " عقد البيع " خاصة من احتمال المساواة هو الذي حملهم على هذا الرأي .

يرشد الى هذا ، أنهم قالوا بانعقاد الزواج بصيغة الأمر -
وعلاوة ذلك بانتفاء احتمال المساواة فيه ، ان لا يكون الاقدام على عقده عادة الا بعد الفراغ من الخطبة ، ومن المفاوضة ، والمشاورة ، وتقدير المهر ، وهذا قريئة على نفي احتمال المساواة ، بخلاف " البيع " .
وعلى هذا ، فان لانه مذهب الحنفية ، القول بانعقاد العقد - بصيغة الأمر ، اذا انتفى احتمال الوعد أو المساواة ، بأن جرى " العرف " باستعمال صيغة الأمر في ابرام العقود ، لأن العرف ينقل الصيغة من معناها الأصلي ، ليجعلها متعينة الدلالة على ارادة الايجاب والقبول أو معنى الانشاء في الحال ، دون أي احتمال آخر ، وبذلك يلتقي

الحنفية مع الجمهور في حكم استعمال صيغة فعل الأمر في انشاء -
العقود ، أما إذا لم يجز باستعمالها العرف ، فحكمها عندئذ ، حكم
صيغة المضارع المحتملة ، لا ينعقد بها إلا إذا دلت القرائن على ذلك (١) .
فتلخص ، ان الممول عليه في استعمال صيغة المضارع أو صيغة الأمر
في انشاء العقود ، هو وضوح الانهزام أو تعيين الدلالة على ارادة انشاء
العقد حالا ، أما بانهيات دلالة القرينة المصاحبة للتلفظ بها ، اذا كانت
الصيغة محتمة ، أو جريان العرف باستعمالها في هذا المعنى وحده
لأن العرف - كما ذكرنا - يخرج الصيغة المحتملة عن أن تبقى محملا
للشك والاحتمال ، ويجعلها متعينة الدلالة على ارادة انشاء العقد ،
حالا ، وبذلك ينزل الفقه الاسلامي " صيغ العقود " على عرف الناس
في مخاطباتهم وتعاملهم ، اذ هو الأساس في تبين مقصودهم ، من
صيغهم ، تيسيرا لهم ، ورفعا للحرج عنهم ، وتحقيقا لمصالحهم التي
اتجهت رغائبهم اليها (٢) .

الفرع الثالث

وسائل التعبير عن الارادة

(صيغة العقد) بغير اللفظ

الأصل في التعبير عن الارادة ، هو النطق ، مظهرا لها ، كما
نوهنا ، غير أن ثمة وسائل أخرى تفصح أيضا عن المعاني النفسية ، تقوم
مقام اللفظ ، ويتحقق الايجاب والقبول بها ، في الفقه الاسلامي ، وهي :

(١) راجع أحكام المعاملات الشرعية : ص ٢٢٠ - ٢٢١ للشيخ علي الخفيف

(٢) المرجع السابق .

الكتابة ، والاشارة ، والمبادلة الفعلية (التعاطي) الدائري
التراضي .

آ - الكتابة :

القاعدة العامة أن " الكتاب كالخطاب " (١) كما قدمنا ،
(٢) ومفاد هذا ، أن التعاقد بالكتابة ،
بالمشاهدة والنطق
في الحكم ، من حيث كونهما مظهرا للإرادة ، يناط انعقاد العقد
ووجوده ، شرعا بهما ، كما ينعقد بغيرهما أيضا من الفعل والاشارة ،
ما يقوم ، مقام التراضي ، على ماسياً تي بيانه ، لخفاً حقيقة الإرادة
أو الرضا ، دفعا للحرج أو لقيام الضرورة .
هذا ، والكتابة بما هي أداة للتعبير عن الإرادة الجازمة ، يصح التعاقد
بها بين حاضرين ، كما يصح بين غائبين ، على الأصح ، لوحدة المناط
وهو وضوح الدلالة وقوة الافهام ، وهذا ينتظم سائر العقود .
غير أن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل ، " عقد الزواج " فلم
يجوزوا التعاقد فيه بالكتابة بين حاضرين ، ضرورة تمكين الشهود من سماع
الصيغة في وقت واحد ، الا عند قيام العذر من العجز عن النطق
بخلاف ما اذا كان بين غائبين ، لضرورة الغيبة ، فيجوز بالكتابة .
والغيبية ضرورة أو عذر استدعى جواز التعاقد بالكتابة مطلقاً ،
رفعا للحرج وسواءً أكان العقد عقد معاوضة مالية ، أم عقد زواج ، أم
تصرفاً انفرادياً ، كالطلاق والزوجة غائبة ، أم غير ذلك من العقود .

(١) المجلة / مادة ٦٩ (٢) وان كان النطق هو الوسيلة الاولى
والأيسر استعمالاً ، والأوضح تعبيراً وافصاحاً ولذا كانت هي الأفضل .

هذا ، واذا جاز التعاقد بالكتابة بين حاضرين ، على الأصح كالنطق ، لوضوحها ، وقوة دلالتها ، فلأن تجوز بين غائبين من باب أولى ، لمكان عذر الغيبة .

والقاعدة : ان الكتاب من الغائب ، كالنطق من الحاضر .

شروط انعقاد العقد بالكتابة :

هذا ، ويشترط لانعقاد العقد بالكتابة مايلي :

- ١ - أن تكون الكتابة مستبينة ، وهذا اصطلاح فقهي قديم يقصد به أن تكون مكتوبة على قرطاس أو ماشابه ، لتثبت وتستقر .
- ٢ - أن تكون " مرسومة " بمعنى أن يكون موثقا بصدورها من العاقدين وأن تفرغ في صيغ قد اعتاد الناس اتخاذها للتعبير عن قصدهم لضمونها ، على النحو الذي يتعارف عليه التجار مثلا من صيغ يتخذونها في كتاباتهم لصكوك الدين ، أو صيغ عقود الاجارة أو بيع العقارات ، وموقعة في المكان المعد للتوقيع ، فضلا عن تصديرها ببيان اسم كل من طرفي العقد ، اذا كان ثائيا ، بحيث لا يكون في كل اولئك محل للشك أو التردد أو الابهام .
- ٣ - اتصال القبول بالايجاب في مجلس قراءة الكتاب من قبل من وجه اليه الايجاب (المرسل اليه - القابل) .

قدمنا أن التعاقد بالكتابة ينعقد به العقد ، كالتعاقد بالنطق سواء " بسوا " ، - على الأصح - لاستوائهما من حيث أصل الدلالة على ارادة انشاء العقد . و قدمنا أيضا ، أن الدلالة قائمة مقام التراضي ، فكانت مناط حكم الشارع بانعقاد العقد ، لذلك سواء أكان العاقدان

حاضرين ، أم كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا .
وعلى هذا ، فإذا صدر الإيجاب من أحدهما كتابة ، صدر القبول من
الآخر ، كتابة أو قولا ، في مجلس العقد ، وهما حاضران ، انعقد
العقد ، لاتصال القبول بالإيجاب .
وكذلك الحكم فيما إذا كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا ، فكتب أحدهما :
أني قد بعتك سيارتي ، يبلغ كذا ، فإذا صدر القبول من الآخر اثر وصول
الرسالة إليه ، وقراءتها وتفهمه لمضمونها ، كتابة أو قولا ، انعقد العقد
لاتصال القبول بالإيجاب .

أذن من شروط انعقاد العقد ، اتصال القبول بالإيجاب ، مطلقا
سواء أكان العاقدان ، حاضرين أم غائبين .

وهذا الاتصال لا يكون الا في مجلس العقد ، على ما سيأتي بيانه
ومجلس العقد بالنسبة للغائبين المتعاقدين كتابة ، هو مجلس قراءة
الرسالة ، فلا بد أن يتم اتصال القبول بالإيجاب فيه ، وقبل انتهائه
والا فلا يتم العقد .

على أن " الغيبة " ليست شرطا في صحة التعاقد بالكتابة ، على
ما ذهب اليه الحنفية ، إذ لا يجيزون التعاقد بها الا عند التعذر -
كالغيبة ، بل يصح التعاقد بها حال الحضور أيضا ، على الأصح
وهو مذهب الشافعية ، لما بينا .

(١) ذهب بعض الفقهاء الى أن التعاقد بالكتابة ، لا ينعقد العقد

بها الا عند الضرورة ، وهي الغيبة والارجح ما بيننا في المتسنن ،
من أن النطق والكتابة بيان من حيث الحجية ، لتحقق المناط
فيهما ، وهو الدلالة الواضحة على الارادة .

التعاقد بين غائبين بواسطة الرسول :

لا يتغير وجه المسألة بين أن تكون الرسالة كتابية ، أو بوقية ، أو تكون شفوية يحملها رسول ، ذلك ، أن الرسول سفير ومعبر ، ينقل ايجاب المرسل مشافهة ، حتى اذا وصل الرسول مقر من وجهه اليه الايجاب ، وبلغه ايجاب المرسل ، مشافهة ، وقبله المرسل اليه في مجلس التبليغ ، انعقد العقد في حكم الشرع ، واعتبر الرسول بمثابة الموجب المرسل نفسه ، وبذلك يتم الاتصال بين القبول والايجاب ، وهو من شروط الانعقاد ، كما نوهنا .

ب- التعاقد بالاشارة :

الاشارة المفهمة دلالة عرفية خاصة ، اقتضتها الضرورة بالنسبة للأخرس أو معتقل اللسان (١) واستقرت في ذلك قاعدة عامة فسي الفقه الاسلامي مؤداها أن " الاشارة المعهودة للأخرس ، كالبيان باللسان " (٢) . أما أنها دلالة عرفية ، فواضح ، لكونها

(١) معتقل اللسان هو من كان قادرا على النطق ، وهم اعتقل لسانه لمرض ، بخلاف الأخرس الاصلي .

(٢) المجلة ، مادة ٧٠ . هذا ، والحنفية ، في رأيهم عندهم أن اشارة معتقل اللسان ، لا يعتد بها شرعا ما لم تستمر عقلته مدة ، ليتأتى ان تصبح معتاد ، في الاتهام ، علي خلاف فسي تحديدها من ستة أشهر ، الى سنة . والرأي الآخر ، أنها لا يعتد بها ، ما لم تستمر عقلته حتى الموت ، وفي هذا حرج كبير وتعطيل لمصالحه طوال حياته ، والشرع ياباه ، لذا كان الرأي الاول أرفق بالناس وأدفع للحرج . ابن نجيم : ج ٣ ، ص ١٨٦ . ١٩٩ . السيوطي : ص ٣٣٤ - ٣٣٨ .

لاتقوم على التعبير اللغوي أصلا ، لانطقا ، ولا كتابة ، بل على الاعتاد
الناس أن يفهموه منها حين التعبير بها ، وهذا معنى كونها " معهودة " .
وأما أنها خاصة ، فلكونها اعتبرت حجة في الإفصاح عن الإرادة الباطنة ،
بالنسبة للعاجز عن النطق وعن الكتابة على وجه الخصوص ، فإشارة الأخرس
المعهودة تقوم مقام عبارة الناطق وكتابته ، إيجابا أو قبولا ، ولا يعتد
بها في حق القادر على النطق أو على الكتابة ، عند الشافعية والحنفية
في رواية ، وهو الأصح .

وأما أنها ضرورية (استثنائية) فلأن العاجز عن النطق والكتابة ، لا يمكن
من التعبير عن إرادته (إيجابا أو قبولا ، إلا بإشارته المعهودة ، فكان
العجز ضرورة اقتضت اعتبارها ، استثناء ، ولا تعطلت مصالحه طوال حياته .
هذا ، ولا يشترط في الإشارة ، الآن تكون مفهومة ، وقد اعتاد الناس
إدراك المقصود منها عند التعبير بها ، والا كانت لغوا .

هل الأخرس القادر على الكتابة تقبل منه إشارته المعهودة

في التعبير عن الإرادة في فقه المذاهب :

تستوى - عند الجمهور - الإشارة والكتابة من الأخرس القادر على -
الكتابة ، من حيث الاعتداد بكل منهما شرعا ، بحيث يختار ما شاء منهما
للتعبير عن إرادته ، لا استوائهما في الحجية ، سواء عبر بها عن القبول أم
الإيجاب .

وهذا مبني على أصل استوائهما من حيث كون كل منهما أداة ضرورية
استثنائية فيستويان لذلك ، حكما واعتبارا .

غير أن الشافعية (١) ورواية عن الحنفية (٢) ، ان الاخرس
أو معتقل اللسان ، لا تقبل اشارته المفهمة اذا كان قادرا على الكتابة
لأنها تعينت في حقه ، فلا يصح العدول عنها الى الاشارة .
ومدتهم (٣) في ذلك ، أن " الكتابة " أدل على المقصود (٤) ،
أو قصد البيان فيها معلوم حسا وعيانا ، بخلاف الاشارة ، لما يعترضها
من الغموض والاحتمال ، وهذا الاتجاه أقوى دليلا كما ترى .
على أن مبنى التسمية بين الكتابة والاشارة - في اجتهاد الجمهور
من حيث ان كلا منهما ، أداة ضرورية (استثنائية) منقوض ، ذلك
أن " الكتابة " تستوى - على الأصح - مع النطق من حيث قوة الافصاح
عن الارادة ، لامع الاشارة ، فكانت لذلك أداة أصلية ، لاضرورية
تقوم على الاعذار والضرورات ، لأن صلاحيتها الدلالية ذاتية ، وهذا
ما نرجحه .

المالكة والحنابلة يعتقدون بالاشارة ، واعتدادهم بالنطق

والكتابة ، على أنها أداة عرفية أصلية عامة للتعبير عن

الارادة بالنسبة للكافة ، ينعقد بها العقد ، فضلا

عن العاجز (٥) عن النطق والكتابة ، بشرط أن تكون مفهومة .

- (١) نهاية المحتاج : ج ٣ ص ٣٨٥ .
- (٢) رد المحتار : ج ٥ ص ٦٤٥ ، مجمع الأنهر : ج ٢ ص ٧٣٢ ،
الاشباه والنظائر : لابن نجيم ٣ ص ١٩٩ - ٢٠٢ ، الاشباه
والنظائر : ص ٣٣٨ للسيوطي .
- (٣) فتح القدير : ج ٢ ص ٣٥٠ ، الهدائع ج ٥ ص ١٣٥ .
- (٤) المقصود هنا : هو الارادة ايجابا أو قبولا .
- (٥) أمرنا الى أن الحنفية ، لا يعتدون باشارة معتقل اللسان ، اذ

يذهب المالكية والحنابلة إلى أن الإشارة حجة كالنطق والكتابة ، على
السواء (١) وعلى هذا ، فالإشارة ليست أداة استثنائية (ضرورية) تقوم
على العجز أو الضرورة ، بل هي أداة أصلية عرفية عامة ، للتبصير عن
الإرادة ، بالنسبة للكافة ، فضلا عن العاجز عن النطق والكتابة فيما يصدر
عنهم من التصرفات والعقود ، ما عدا عقد النكاح ، هذا ما ذهبوا إليه من أن
المناظر هو الاقحام "عرفا" ، أو توضيح الدلالة ، وهذا متحقق في الإشارة
بداية ، فكانت لذلك حجة ، ينعقد العقد بها ، شأنها في ذلك شأن
النطق والكتابة على السواء ، والتمييز تحكم .
هذا ، ويوون أيضا ان الإشارة أبين دلالة من المعاطاة ، فاذا جازت
هذه أصالة ، جازت تلك من باب أولى ، هذا في اجتهاد المالكية والحنابلة
ونحن نرجح رأي الجمهور ، ان لا ضرورة تقتضي الإشارة ، حيث
تتحقق القدرة على النطق ، أو الكتابة ، ان الدلالة فيهما ما صريحة ، وفي

لا تكون مفهومة الا اذا امتدت العقلة ، على خلاف بينهم في مدى مدتها
من ستة أشهر الى سنة ، أو الى المو
غير أن الشافعية يقبلون إشارة معتقل اللسان كالأخرس ، ان كانت مفهومة
قبولا أو إيجابا ، دون اشتراط المدة ، ما دامت مفهومة فتح القدير :
ج ٢ ص ٣٤٠ ، رد المختار : ج ٥ ص ٦٤٥ ، شرح الخرشي ج ٢ ص ٣٦١
وج ٥ - ص ٤١١ المغني ، ج ٦ ص ٤٨٨ ، الأشباه والنظائر - للسيوطي
: ص ٣٣٨ - نهاية المحتاج : ج ٢ - ص ٣٨٥ - مواهب .
(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ج ٣ ص ٢٠٢ - الحطاب ج ٤ ص ٢٢٩
المغني : ج ٣ ص ٥٦٢ .

الإشارة ضمنية ، والصريح أقوى وأوضح في الدلالة على المقصود من
الضمني الذي يعتبره الخفاء والابهام في كثير من الأحيان .
أما القول بأن الإشارة أقوى دلالة من المعاطاة ، فعلى التسليم
بصحته ، فنحن نجيز التعاقد بالإشارة في مواطن الضرورة أولاً ، وفي
الحالات التي تقتضي طبيعتها سرعة الانجاز أيضاً كما في بعض المعاملات
التجارية التي جرى العرف بالاعتداد بالإشارة المتداوله فيها ، دون
نزاع ، ولا ضرورة في اتخاذها أداة أصلية عامة بالنسبة للقادر على النطق
أو الكتابة ، وللتعبير عن الإرادة في عامة الأحوال ، وفي سائر العقود -
والتصرفات ، جليلها وضميلها ، خطيرها وتافهها ، على السواء ، إذ من
المعاملات ، ما تستدعي خطورة شأنه ، قوة أداة التعبير التي تناسبها
فلا يعدل عنها إلى الأضعف ، تحقيقاً للمصلحة ، وضماناً للتيقن من
الرضا الكامل ، وسداً لباب النزاع في خطير الشأن من الأمور .
على أن القول بأن الإشارة أقوى دلالة من المعاطاة ، فيه نظر
بل العكس أدنى إلى الصواب ، ذلك لأن المعاطاة بما هي أخذ وعطاء
تنهض بالدلالة على تنفيذ العقد ، واداء التزاماته فعلاً وعياناً ، وهذا
يستلزم عقلاً ، وعرفاً ، سبق قيام العقد ، ووجوده فكان هذا أدل من
الإشارة التي يعتبرها الابهام والاحتمال .

ج - التعاقد بالدلالة :

سبق أن بينا ، أن التعبير عن الإرادة قد يكون بالقول والكتابة -
والرسالة الشفهية والإشارة .
بقي أن نبحث وسيلة التعبير بفعل لاتدع ظروف الحال شكاً في

دلالتة على الرضا وهذا الفعل - دون أن يصحبه ايجاب
قبول - ينطوي تحت صورتان ،

أولهما : التعاطي (المعاطاة)

الثانية : لسان الحال (دلالة الحال) .

١ - أما التعاطي : وهو المبادلة الفعلية للعرضين والدالة على
الرضا ، عرفنا ، دون أن تقتربنا بايجاب وقبول ، فقد عبر عنها الامام
الكاساني ، بأنها أخذ وعطاء (١) ، وينشأ العقد بها اذا تعارف -
الناس عليها ، عند الجمهور ، سواء أكانت في عقد بيع أم اجارة ، أم هبة
أم اعارة ، أم غير ذلك ، وهو مذهب الحنفية (٢) ، ورواية عن أحمد
والمالكية (٣) ، ورأى أصحاب الشافعي (٤) .

هذا ، وذهب فريق من الفقهاء الى أن المبادلة الفعلية ينشأ بها
العقد ، في النفي والتافه ، مادام قد جرى بها العرف ، وهذا هو
مذهب الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة ، خلافاً للشافعي والشيعة ،
حيث قصروها على التافه دون النفي .
على أن متأخري الحنابلة (٥) ، والامام مالك ، قد أجازوا التعاقد

-
- (١) الهدائع : ج ٥ - ص ١٣٤ .
 - (٢) فتح القدير مع العناية : ج ٥ ص ٧٧ .
 - (٣) الفروق : ج ٢ ص ١٧٧ للقرافي .
 - (٤) أحكام المعاملات الشرعية ص ١٩٣ - ١٩٤ على الخفيف - المغني
ج ٣ ص ٥٦١ .
 - (٥) الامام ابن تيمية - القواعد النورانية النقهية ص ١٠١ - ١١٥ - طبعة
اولى ١٣٧٠ ، حيث يقول : والقاعدة ان العقود تصح بكل ما دل
على مقصودها من قول أو فعل ، يدل على ذلك أصول الشريعة ان -
اكتفى الشارع بالتراضي في البيع في قوله : الا أن تكون تجارة عن

بالتعاطي ، مطلقا ، سواء جرى به العرف ، أم لم يجر ، ما دام
الفعل دالا على ارادة انشاء العقد ، من الجانبين وسواء أكان في
النفس أم التافه من الاشياء .

وعلى هذا ، فكل ما يظهر ارادة المتعاقدين ، - في اجتهاد
هو " - من قول أو فعل أو اشارة ، أو كتابة ، ينشأ العقد به ، ويمتبر
اداة طبيعية عامة للتعبير عن أساس التناقد وهو التراضي في سائر
العقود ، ما عدا عقد النكاح ، كما أسلفنا ، وقد بينا وجهة نظرنا
في الاشارة .

ويقول الامام مالك في هذا الصدد : " يقع البيع بما يعتقد الناس
بيما " (١) وهذا بعمومه يشمل اللفظ والكتابة والاشارة (٢) والفعل
وعقد البيع وغيره في هذا المعنى سواء ما عدا عقد الزواج ، فلا ينعقد
بالكتابتين حاضرين ، ولا بالاشارة ولا بالتعاطي ، اجماعا ، لخطورة
شأنه ، وعظيم أثره ولتمييزه عن المخادنه ، والمعاشرة غير المشروعة .
العقود التي يجرى فيها التعاطي :

يجرى " التعاطي " في عقود المعارضات المالية ، كالبيع والاجارة

تراض منكم " وطيب نفس في التبرع " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا
فكلوه هنيئا مرثيا " . . . ولم يشترط لفظا يعينا يدل على التراضي ، وعلى
طيب النفس والناس تعلم التراضي وطيب النفس بطرق متعددة ، - من
الاقوال والافعال " المرجع السابق .

(١) المغني : ج ٢ ص ٥٦١ - ٥٦٢ - المدخل للفقهاء الاسلامي ص ٤٠ - ٥٠
للاستاذ سلام مذكور - طبعة ١٩٦٠ م

(٢) ما عدا الاخرس ومعتقل اللسان

والصرف ، والاتقاة ، والصلح على مال ، والقسمة ، لما تتضمن
من معنى المعاوضة ، كما يجري في غير المعاوضات كالأعارة والهبة (١)
ومن ذلك ، الاشتراك في الهائف ، والمياه ، والكهرباء ، مما يسمى
" عقود الإذعان " (٢) لأن المؤسسات المختصة تقوم بتوصيل ذلك
إلى المنازل بناءً على طلب من نماذج معدة ومرسومة .
ومن ذلك أيضاً شراء المجلات والصحف دون إيجاب وقبض
وقطع بطاقات الركوب في وسائل المواصلات كافة جواً وبراً وبحراً ، وما
إلى ذلك مما يشكل جانباً كبيراً من حياتنا العملية الذي يقوم على
التعاقد بالتعاطي (٣) ، في ضئيل المال وكثيره (٤) .

-
- (١) المجلة : م ٨٠٤ و ٨٣٩ .
(٢) المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٣٥٣ - ٣٥٦ للاستاذ الزرقاء .
(٣) هذا ، والأصح ، أنه لا يشترط أن يكون التناول من الجانبين ،
لينشأ العقد بالتعاطي ، فإذا جرى التناول من أحد العاقدين
للبيع أو الثمن ، تم العقد ولزم ، وذلك بأن يأخذ المشتري
المبيع برضا البائع بعد أن يتفق معه على الثمن ، دون أن يتقد
المشتري الثمن للبائع ، أو أن يدفع المشتري الثمن للبائع ، ثم
يذهب دون أن يقبض المبيع ، فالعقد يتم ويلزم في الحالين على
السواء ، ولو كان التناول من جانب واحد ، للبيع ، أو الثمن
- البحر الرائق : ج ٥ ص ٢٥٨ - ٢٦٩ و ٢٧٠ - مجمع
الانهر مع الحاشية : ج ٢ ص ٦ خلافاً لبعض الحنفية الذين -
يذهبون إلى أن التناول من جانب مقصور على ما إذا كان القبض
هو البيع ، لينشأ به العقد ، لأنه الأصل ، في عقد البيع -
المدخل الفقهي : ج ١ ص ٣٥٤ للاستاذ الزرقاء .
(٤) يعبر بالخسيس في الفقه الإسلامي عما كان ثمنه قليلاً ، كالجرائد
والصحف ، وقطع الحدوى .

هذا ، وخالفني التعاقد بالتعاطي ، فيما عدا التافه من الاشياء ، الشافعي (١) والشيعية ، وحجتهم في ذلك ما يلي :

١ - ان الدلالة اللغوية هي الاصل ، لقوتها ووضوحها في التعبير عن الارادة - نطقاً أو كتابة - وليس كذلك الفعل ، لما يعترضه من الابهام والاحتمال ، ومن المقرر فقها ، أنه لا يترك الأصل الى البدل الا للضرورة ، والأداة اللغوية ممكنة ، أما في المواطن التي تقتضي الضرورة سرعة الانجاز ، فقد أجزنا التعاطي ، في هذه الأمور دفعا للحرج ، وتحقيقاً لمصالح الناس ، ولا سيما في التجارة ، والأمور المعاشية اليومية .

وأيضاً ، خرمه مال الغير ثابتة قطعاً ، فلا تحل بالاحتمال والظن بل لابد من تحقق الرضا الكامل ، وهذا لا يظهر الا بالارادة اللغوية نطقاً أو كتابة ، لقوتها في الافصاح والابانة ، دون احتمال ، تحقيقاً للرضا الكامل ولا سيما في الأمور الخطيرة ، وليس كذلك الفعل .

ونحن نرجح ما ذهب اليه الجمهور ، لما فيه من اليسر ، ولتعلق مصالح الناس به ، وأما خشية المخالف من الاحتمال والابهام ، فمدنوع ، لأن الجمهور لم يعتدوا به باطلاق بل اشترطوا تحقق الرضا ، حتى اذا قامت القرائن على انتفائه ، بطلب حجية الفعل ، فلا ينشأ به العقد لتقدان أساسه ، وهو الرضا .

* والفواكه والخضار ، وسائر المواد الغذائية الاستهلاكية التي تجري المعامضة فيها يومياً ، وما اليها . وأما النفيس ، فمن مثل الذهب والفضة والسيارات والعقارات من الأبنية والأراضي على أن المعيار فيها أمر نسبي .

(١) المهذب: ج١ ص ٢٥٧ ، الوجيز: ص ١٢٣١ ، مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥ .

شروط صحة التعاقد بالتعاطي :

يشترط لصحة التعااطي أمران :

- أولهما : أن يدل على تحقيق التراضي .
الثاني : تحقق الفعل الدال عليه ، من المبادلة أخذاً وعطاءً ،
من الجانبين ، أو من جانب واحد (١) ، على
الأصح ، كما بينا (٢)

٢ - دلالة الحال :

ماسبق كان نوعاً من التعاقد بالتعاطي الدال على التراضي ،
عرفاً ، وقد اتخذ وسيلة المبادلة الفعلية للعرضين ، كما بينا .
وأما دلالة الحال ، فينشأ بها العقد ، أيضاً ، لأنها نوع من التعاقد
عن طريق الدلالة العرضية ، ولكن وسيلتها " السكوت " وهو أمر سلبي
لا فعل ايجابي ، كالتعاطي على أن " دلالة الحال " هذه ، لا تكون

- (١) يرى بعض الفقهاء ، أن الأخذ أو العطاء ، من جانب واحد ،
لا ينعقد به العقد ، بل لابد أن تكون مبادلة فعلية ، باعتبارها
قائمة مقام الإيجاب والقبول .
ويرى فريق آخر أن العقد ينعقد إذا كان أخذاً أو عطاءً من جانب
واحد ، وكذلك لا يلزم للأخذ ، أو المعطي ، أن ينقض العقد
(بنفسه) ويرد ما أخذ ، أو يسترد ما أعطى ، ويعقد عقداً جديداً
إن شاء على شيء جديد والأصح أنه ينعقد ويلزم ولو من جانب واحد
كما بينا .
(٢) لوجه لما ذهب إليه الامام الشافعي رحمه الله ومن معه ، من قصر
التعاقد بالتعاطي على توافقه الأشياء ، أي قليلة الثمن أو العوض
فليس ذلك شرطاً على الأصح ، لحاجة الناس إلى جريانه في عامة

الاقبولا ، ولا تصلح للايجاب ، انه الايجاب لا يتأتى بالسكوت
المجرد ، هل لا بد من فعل ايجابي ، بخلاف التعاطي ، فقد يكون
ايجابا وقد يكون قبولا .

مثال ذلك ، عقد الوديعة ، ينعقد بلسان الحال ، بأن يشترك
شخص متاعه بين يدي آخر ويذهب ، وهذا الذي أودع المتاع بين يديه
ساكت لم يرد رفضا ، ولا تنصلا ، فينعقد العقد بذلك دلالة ، ويصبح
مودعا لديه مكلفا بالحفظ ، بحيث اذا قصر أو تعدى ، كان ضامنا (١) .
حكم السكوت كوسيلة للتعبير عن الارادة استثناء في الفقه الاسلامي :

السكوت في حد ذاته ، مجردا عن القرائن والظروف الخارجية
الملازمة ، لا يصلح دليلا على الارادة ، ولا يعتبر في حكم التعبير
اصلا ، فلا يقوم بالتالي ، مقام ايجاب ولا قبول ، لانه عدم ، أو أمر
سلب محض ، بل السكوت هو الحال الاصلية التي ينتفي معها البيان
أو الدلالة على شيء يقينا ، وعلى هذا استقرت القاعدة في الفقه الاسلامي
* لا ينسب لساكت قول (٢) .

ولذا ، فان اعتباره في حكم التعبير والبيان ، أمر استثنائي

شؤونهم ومعاملاتهم ، مادام واضح الدلالة على المقصود ، وهو تحقيق
الرضا ، ولا سيما أن هذا النوع من التعاقد قد أصبح يمثل جانبا كبيرا
من حياتنا في التعامل ، كما أشرنا .
وأما اشتراط أن يتحقق المبادلة من الجانبين ، فقد بينا ما هو وجهه
الحق فيسره .

(١) المدخل الفقهي العلم : ج ١ ص ٣٥٨ - للاستاذ الزرقا .

(٢) المادة ٦٢ من المجلدة .

طاري غير يقيني ، لأنه خلاف الأصل ، فكان على خلاف الأصل فلا بد من دليل أو قرينة تدل عليه ، أو توجيه كضرورة مقتضية (١) ، أو دفع ضرر عن الناس ، أو تجنبها لهم من الوقوع في الضرر ، أو لحال تلبس الساكت نفسه توجب اعتبار سكوته بيانا ، إلى غير ذلك من القرائن والظروف التي توجه السكوت إلى أن يكون بيانا ، وتجعله في حكم القول والتعبير ، وقد يكون العرف من تلك العناصر الموجبة ، وهي التسي أشار إليها الفقه الاسلامي في استدراكه على القاعدة السابقة : " لكن السكوت في معرض الحاجة بيان " .

وهذا نظر سديد ، إذ لا يلزم الساكت بأن يبين ، تبولا أو رخصا ، في كافة المواقف والأحوال ، ولا اعتبر قابلا حكما ، لما في ذلك من الزام له بلا موجب ولا مسوغ ، وإيقاع الناس في ضرر بالغ ، وشاق غير معتادة وكل من الضرر والحرج هدفوع في الدين .

هذا والعناصر الموجبة ، أو القرائن والعرف ، والأحوال الملازمة للسكوت ، هي المقصودة في الاستدراك على القاعدة ، والقاتل : " في معرض الحاجة " . ومن معرض الحاجة ضرورة دفع الضرر ، أو الضرر عن الناس ، أو الحال الملازمة للساكت نفسه التي تقتضي ضرورة اعتبار سكوته بيانا ، وقد يكون " العرف - كما قلنا - قرينة على اعتبار السكوت بيانا في كثير من المواطن ، والدلالة العرفية - كما نعلم - معتبرة شرعا في التعبير عن الإرادة .

(١) انظر هذا البحث مفصلا في مصادر علم الأصول ، في " بيان الضرورة " وراجع المدخل الفقهي : ج ٢ ف ٥٨١ - للاستاذ الزرقا المدخل الفقهي ص ٥٣ للدكتور أحمد الكردي .

- ١ — ومن تطبيقات هذه القاعدة ، لو سكن شخص في دار آخر — دون عقد — وهي غير معدة للاستغلال (١) فسكت مالكها ، ولا يعتبر قابلاً باجارة ولا بيع ، ولا تعد الدار بالتالي مؤجرة ولا مبيعة (٢) بخلاف ما اذا كانت " معدة للاستغلال " فذلك قرينة تجعل السكوت ذا دلالة على القبول .
- ٢ — اذا كان هناك تعامل سابق بين العاقدين ، واتصل الايجاب من أحدهما بهذا التعامل ، كان سكوت الطرف الآخر قبولاً ، لا بالنظر الى السكوت في حد ذاته ، بل لقرينة التعامل السابق . فلو أن صاحب مطعم مثلاً اعتاد شراء المواد الغذائية اللازمة لمطعمه ، من تاجر معين ، وقد أرسل الى هذا التاجر يطلب كمية من هذه المواد ، فسكت التاجر ، اعتبر سكوته قبولاً ، وتم العقد بينهما ، لقرينة التعامل السابق ، وأجبر التاجر على توريد تلك المواد . قضاة ان لم يرسلها طوعاً ، تنفيذاً للالتزام الناشئ عن هذا العقد دفعا للضرر عن صاحب المطعم ، ولولا هذه القرينة لبقى السكوت على حاله الاصلية ، من عدم دلالة على شيء .
- ٣ — سكوت الشفيع عن طلب حقه في الشفعة بعدما علم ببيع العقار ، يعتبر بياناً على ارادته لاسقاط حقه فيها ، ضرورة دفع الترخير عن

(١) أي للايجار . (٢) شرح المجلة : ج ١ ص ١٣١ — للاستاذ

منير القاضي — الاشياء والنظائر : ج ١ ص ١٨٤ — لابن نجيم

وللسيوطي : ص ١٥٨ — ١٥٩ — والمدخل الفقهي : ج ٢

ف ٥٨١ — للاستاذ الزرقا .

المشترى ، اذ لو لم نعتبر سكوته بياناً في مثل هذه الحال
لطالب الشفيع بحقه ، وقد يكون المشتري قد بنى أو غرس في العقار
وهذا تغيير لا تقره الشريعة ، ولا هد لها في التعامل ، فكانت
هذه الحال الملبسة ، ضرورة اقتضت اعتبار السكوت بياناً ، دفعا للضرر
كما قلنا ، ولذا يطلق عليه الأصوليون : بيان الضرورة .

٤ - سكوت الفتاة الهكر بعد استئذان وليها لها ، لتزويجها (١)
يعتبر قبولا أو اذنا لضرورة حياتها الذي يمنعها من التصريح
بالاذن عرفا ، فكانت هذه الحال ضرورة اقتضت اعتبار سكوتها
قائما مقام الاذن الصريح ، فكان سكوتها دلالة عرفية أو حالية
على الأذن ، بدليل أنها لو لم تكن راغبة لرفضت ، صراحة ،
اذ لا تستحي من الرفض عادة ، ولو لم نعتبر سكوتها بياناً
لما انعقد زواجها حتى آخر حياتها ، وفي هذا من الضرر ما فيه .
وعلى هذا ، فالسكوت دلالة عرفية في الاذن لا في الرفض .
والخلاصة ، أن السكوت حال أصلية سلبية تنتفي معها الدلالة على
شيء ، يقينا ، وان تحول السكوت الى وسيلة للتعبير عن الإرادة ، فانما
يكون بعناصر موجبة ، أو أدلة من قرينة ، أو ظرف خارجي ملائم ،
أو عرف ، أو ضرورة مقتضية ، لدفع غرر أو ضرر ، لأن هذه الدلالة خلاف
الأصل (٢) .

(١) المرجع السابق . (٢) أي ان اعتبار السكوت بياناً هو خلاف
حالته الأصلية اليقينية ، من انه ليس بياناً لشيء ، لكونه أمراً
سلبياً تنتفي معه الدلالة على شيء ، وخلاف الأصل حالة -
استثنائية طارئة ، لا بد لها من دليل يثبتها أو ينهض بها ، وقد
بيننا تلك الأدلة التي توجب حالة الاستثناء من كونه وسيلة للتعبير
عن الإرادة .

المبحث الثاني
شروط الصيغة (شروط انعقاد)

إذا كانت " الصيغة " من الإيجاب والقبول ، أو ما يقوم مقامها ،
هي الركن الوحيد للعقد ، على التحقيق ، وطا عداها ، فلوازم ،
كما بينا فان لهذه الصيغة شروطا ، لا ينعقد العقد الا بتوافرها ، لأنها
شروط انعقاد ، أو عناصر تكوين ، وتوردها فيما يلي :

اولا : توافق الإيجاب والقبول (صراحة أو ضمنا)

ثانيا : اتصال القبول بالإيجاب

ثالثا : بقاء الإيجاب قائما في مجلس العقد ، حتى صدور القبول عند

الجمهور

المسوع الاول

توافق الإيجاب والقبول صراحة أو ضمنا (١)

معنى التوافق : التوافق معناه تضمن القبول كل جزئيات الإيجاب^(٢)
بحيث اذا خالفه في جزئيه منها ، مخالفة حقيقية (٣) ، لا ينعقد
العقد ، بل يكون رفضا للإيجاب ، يتضمن ايجابا جديدا ، يحتاج الى
قبول جديد من الطرف الأول ، سيأتي بيانه . ولا تشترط الموافقة
الضمنية أو الحكمة .

- (١) فتح القدير : ج ٧٧-٧٨ ، الهدائع : ج ١٣٧ ، نهاية المحتاج
ج ٨٠ . (٢) ففي عقد البيع مثلا ، لا بد من التوافق بين القبول
والإيجاب في محل العقد ، وفي مقدار ثمنه ، وفي الاجل ان وجد .
(٣) اذا كانت المخالفة ظاهرة ، لاحقيقية ، فالعقد ينعقد ، لأنها تكون
حينئذ متحضة لمنفعة الموجب ، محققا لرضاه ، وهذه هي الموافقة
الضمنية كما في المتن .

ومن الموافقة الصريحة ، أن تقول ، بعثك هذه الارض بمائة ألف ،
فيقول مريد الشراء ، قبلت شراءها بمائة ألف ، أو قبلت .
أما الموافقة الضمنية ، فكقولك : بعثك هذه السيارة بعشرين الفـ
فيقول اشتريتها بخمسة وعشرين ، لأن هذا يتضمن القبول بالعشرين من
باب أولى ، وفيه منفعة خالصة للموجب ، فالمخالفة ظاهرية ، لاحقية
لأنها تضمنت ما طلبه الموجب ، وزيادة ، فراضه ثابت قطعاً .
وعلى هذا ينعقد العقد بالعشرين ولكن لاتجب الزيادة الا اذا قبلها
الموجب ، حتى لا يدخل شيء في ملك أحد الا باذنه ، نفيًا للنسبة
عن نفسه .

وما يقال في محل (١) العقد والثلث ، يقال في الاجل كذلك ، فاذا
قال البائع ، بعثك هذا المنزل بمائة الف حالة ، فقال الآخر ، قبلت
بمائة ألف مؤجلة ، لا ينعقد العقد ، للمخالفة الصريحة في الاجل ،
لأن من يرضى بالثلث حالا ، قد لا يرضى به مؤجلاً ، بخلاف العكس ،
لأنه في مصلحة الموجب ، فراضه متحقق فيه .
ومن هنا ندرك ، أن اشتراط موافقة القبول للايجاب في جميع -
ما يتضمنه الايجاب من جزئيات ، شرطاً للانعقاد أساسه ، ان (صيغة
العقد) (الايجاب والقبول) ليست مقصودة لذاتها ، وانما باعتبارها
دليلاً أو قرينة على " التراضي " ، فما لم يحصل التطابق بين الايجاب

(١) ولو كانت الصفة متحدة ، فلا ينعقد العقد اذا كان القبول علو
بعضها لتفرق الصفة ، فلو قال البائع بعثك هذه الارض بمائة
ألف ، فقال نسفها بخمسين ، لا ينعقد العقد ، وكذلك اذا
بدل قبلت المحل ، فلو قال زوجتك فاطمة بعشرة آلاف فقال -
تزوجت امه بعشرة آلاف .

والقبول في جميع الجزئيات ، لا يمكن أن تعتبر مظنة على حصول
التراضي الكامل الذي هو أساس التعاقد .
والرضا الكاويل لا يتحقق الا اذا تم التطابق بين الايجاب والقبول .

الفروع الثاني

اتصال القبول بالايجاب في مجلس العقد

تحديد معنى الاتصال بين عنصرى الصيغة في فقه المذاهب (مجلس العقد)

من المتفق عليه بين الفقهاء ، أنه لا بد — لينعقد العقد — من
تحقيق الاتصال بين القبول والايجاب ، (عنصرى الصيغة) هذا من
حيث المبدأ ، وانما الخلاف في تحديد معنى الاتصال ، سواء أكان
بين حاضرين ، أم بين غائبين .

فالجمهور على أن المراد بالاتصال ، اتحاد مجلس العقد ، أو الزمن
الذى يكون فيه المتعاقدان مقبلين على التعاقد ، إذ لا اتصال مع تعدد
الجلس ، بداهة ، فلا يشترط أن يصدر القبول عقبه مباشرة ، لأن
" الفورية " في صدور القبول ، ليست شرطاً لتحقيق الاتصال عندهم
دفعاً للرجح عن الناس ، وتحقيقاً لمصالحهم ، وانما يشترط قيام مجلس
العقد أو اتحادهم ، ولو كان بين الايجاب والقبول فاصل زمني .
ذلك ، لأن الجمهور يرى أنه لا بد من وجود فترة زمنية بعد
صدور الايجاب ، ليتسنى للطرف الآخر أن يتروى في الأمر ، ويوازن بين
ما يعطى وما يأخذ ، ولا يتسرع ، وليتخير بعد ذلك بين القبول والرفض
ضماناً لرضاه الحقيقي الكامل ، ولهذا قالوا ان المجلس جامع المتفرقات .
وعلى هذا الصدر القبول بعد فترة زمنية من صدور الايجاب — وان طالت —

تحقق الاتصال ، مادام المجلس قائما ، أى لم يتخلل الفترة ما بين
الايجاب والقبول اعراض عن التعاقد يحول دون الاتصال بينهما ، أو
صرف أحدهما عن التعاقد شاغل آخر .

وبيان ذلك ، ان الاعراض عن التعاقد ، أو التشاغل بغيره قبل
القبول ، ينهدم به المجلس ، فينهدم بالتالي الايجاب الذى صدر فيه
حتى اذا صدر القبول بعد ذلك ، لم يصادف ايجابا قائما لينصل به
فلا ينعقد العقد ، لعدم تحقق الاتصال .

على أن المجلس ينهدم — فضلا عن ذلك — برجوع الموجب
عن ايجابه قبل القبول ، على ما سيأتي .

ومن هنا نلاحظ ، أن الايجاب يبقى قائما حكما — في اجتهاد الجمهور
— مادام المجلس قائما ، حتى اذا انهدم المجلس حقيقة او حكما ، انهدم
الايجاب . أما انهدام المجلس حقيقة ، فمن مثل خروج أحدهما — الموجب
أو الموجه اليه الايجاب — من المجلس بعد صدور الايجاب ، وقبل القبول
أو رجوع الموجب عن ايجابه ، أو رفضه صراحة من وجه اليه .

وأما انقضاؤه حكما ، فمن مثل اعراض أحدهما عن التعاقد
والتشاغل بغيره كقراءة صحيفة ، أو التحدث مع الآخرين ، قبل القبول
أو بما يعتبره العرف اعراضا ينقضي به المجلس .

على أن القبول الذى يعتد به اذا صدر بعد انهدام الايجاب
يعتبر ايجابا جديدا يحتاج الى قبول جديد من الطرف الأول ، ينعقد
به عقد جديد .

اذن ، مجلس العقد — في اجتهاد الجمهور — هو المكان الذى
يجتمع فيه العاقدان — ان كانا حاضرين — وتمتد فترته الزمنية من وقت

صدر الایجاب ، وتنتهي بانعقاد العقد ، أو بأعراض أحد هـما
عن التعاقد صراحة أو دلالة .

أو هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التعاقد ،
منصرفين الى التكلّم فيه ، وقد تطول هذه الفترة التعاقدية أو تقصر
وأيا ما كان ، فالجلس يعتبر قائما مادام العاقدان مقبلين على التعاقد
دون أن يصرفهما عنه شاغل آخر .

وأما بالنسبة الى الغائبين ، فهما وإن كانا مختلفين مكانا ، فإن
مجلس العقد يتحدد بالنسبة اليهما بالوقت الذي يستغرق التعاقد
أيضا ، سواء أكان بواسطة البرقية ، أو الرسالة المكتوبة ، أو الشفهية
أو الهاتفية ، أو غير ذلك من الوسائل ، فإن مجلس العقد هو مجلس
وصول الرسالة ، أو تبليغها ، أو وصول البرقية ، أو وقت التسليم
الهاتفية ، وينتهي بتقبل ما تضمنه الایجاب وانعقاد العقد ، أو بأعراض
من وجه اليه الایجاب (القابل) صراحة أو دلالة ، أو برجوع الموجب
عن ايجابه قبل القبول .

أما الشافعية ، فيشترطون " الفورية " لتحقيق الاتصال ، بمعنى
أن العقد لا ينعقد الا اذا صدر القبول فور الایجاب ، وعقبة مباشرة دون
فاصل زمني ، ولو كان مجلس العقد قائما ، ولو لم يبدر من أحد العاقدین
ما يهدمه .

وأما " التروي " فأجاب الشافعية عنه ، بأنه يمكن أن يتم بعد
انعقاد العقد ، حيث يثبت لكل من العاقدین ، في عقود المعاوضات
المالية خاصة ، حق نسخ العقد ، اذا لم يره محققا لصلحته ، مادام
المجلس قائما ، وهذا هو خيار المجلس .

اذن فترة " التروى " يقربها الفريقان ، تحقيقا للرضا الكامل
غير أن الجمهور يراها قبل انعقاد العقد ، بالنسبة لمن وجه اليه
الايجاب ، (القابل) ، أى في الفترة الواقعة بين صدور الايجاب وبين
القبول ، حيث يكون مخيرا بين القبول والرفض ، وهذا هو " خيار
القبول " حتى اذا صدر القبول ، وانعقد العقد ، لزم ، ولا خيرة
بعده في فسخه لأى من العاقدين ، دون رضا الآخر ، الا مسن
عيب أو عدم رؤية ، وما الى ذلك .
وأما الشافعية ، فقد رأوا فترة " التروى " بعد انعقاد العقد ،
أى في " خيار المجلس " ، كما ذكرنا ، مادام المجلس قائما ، ان يلزم
العقد - عقد التعاضة - في اجتهادهم الا بعد انقضاء المجلس (١) .
خيار المجلس :

هذا ، والشافعية يثبتون خيار المجلس في عقود المعاوضات
المالية خاصة ، دون سواها فلا يثبت هذا الخيار بالنسبة لعقد الزواج
مثلا ، لأن فترة " التروى " في هذا العقد متحققة في مقدماته مسن
الخطبة ، والتفاوض في المهر وما اليه ، عادة ، فلطبيعة هذا العقد ،
ولخطورته ، لم يقل الشافعية بثبوت خيار المجلس فيه .
أما الجمهور ، فلم يوافقوا الشافعية على ثبوت خيار المجلس لأى
من المتعاقدين أصلا في أى عقد من العقود .
وحجة الشافعية في ثبوت خيار المجلس ، قوله - صلى الله عليه وسلم
" البيعان بالخيار ، ما لم يتفرقا " .

(١) المهذب : ج ٢ ص ٢٥٧ - ٢٥٨ .

ووجه الدلالة ، ان للعاقدين ، حق خيار فسخ العقد ، أو
امضائه ، ماداما في المجلس ، بصريح الحديث ، مالم يتفرقا بأبدانهما ،
تفرقا حسيا ، ولا يتصور حق الفسخ الا في عقد منعقد .
ولا يرى الحنفية في هذا الحديث حجة لاثبات خيار المجلس ، ذلك
أن " الخيار " في الحديث محمول على خيار القبول بالنسبة لمن وجه
اليه الايجاب ، لا على خيار المجلس . أما " التفرق " فمقصود به التفرق
والتخالف في الاقوال ، لا في الابدان ، وذلك بعدم موافقة القبول
للايجاب .

وهذا تأويل للحديث بعيد ، كما ترى .

وحجة الحنفية (١) في نفي خيار المجلس ، قوله تعالى : " يا أيها
الذين آمنوا أوفوا بالعقود " .
ووجه الدلالة ، أن الآية الكريمة توجب الوفاء بالعقد اثر انعقاده ،
وابرامه ، وهذا يتنافى مع ثبوت الحق في فسخه وهو ما يسى بخيار المجلس
على أن الامام مالك احتج على عدم اعتبار خيار المجلس ، بعمل أهل -
المدينة .

ونحن نرجح اجتهاد الشافعية في هذا ، لصراحة الحديث ،
ولعدم تنافيه مع الآية الكريمة ، فيثبت خيار المجلس لأي من المتعاقدين
مادام المجلس قائما ، ولو بعد انعقاد العقد .
وأما حجة الشافعية في اشتراط " الفورية " لتحقق الاتصال بين
عنصرى الصيغة ، لينعقد العقد ، فمؤداها أن الايجاب عرض زائل
ينقضي اثر التكلم به ، فلا بد من صدور القبول عقبه مباشرة ليتحقق

(١) فتح القدير : ج ٥ ص ٨١ وما يليها - المذهب : ج ١ ص ٢٥٧ -
٢٥٨

الاتصال ، وهذا هو القياس .
أما الجمهور فمع اعترافهم بأن طبيعة الايجاب كذلك ، غير أنهم اعتبروه
قائما حكما ، طوال مدة المجلس ، تحقيقا لمصالح الناس ، ودفعاً للحرج
فكان ذلك استحسانا على خلاف القياس .

وعلى هذا ، فمادام المجلس ، قائما متحدا ، والمعاهدان مقبلين
على التعاقد ، فالايجاب قائم حكما ، واعتبارا ، كذلك ، وقالوا ، ان
مجلس العقد يجمع المتفرقات ، للضرورة ، بمعنى أن الاتصال يتحقق
بين القبول والايجاب ، ولو كان بينهما فاصل زمني ، لوحدة المجلس
الذى صدرا فيه ، ضرورة التيسير على الناس ، وتحقيق مصالحهم ، ودفع
الحرج عنهم ، وهذا هو سند الاستحسان ، ودليله ، وهو ما نرجحه .
هذا ، ولا يتغير حكم المسألة سوا ، أكان التعاقد بين حاضرين أم بين
غائبين .

أما اذا كانا حاضرين ، فواضح لأن اتحاد المجلس انما يعني الفترة
الزمنية التي يكون فيها المعاهدان مقبلين على التعاقد ، كما بينا .
وأما اذا كانا غائبين ، فان التعاقد لا يتم بينهما الا بالواسطة ، من
البرقية ، أو الرسالة الكتابية ، أو الشفهية التي يحملها رسول ، أو الهاتف
ومجلس العقد بالنسبة اليهما هو مجلس " العلم " بما تتضمنه البرقية
أو الرسالة ، أو بما يبلغه الرسول ، أو تتضمنه الكلمة الهاتفية من ايجاب .
ويبقى المجلس متدا الى الزمن الذى يستغرقه التعاقد ، وأيما ما كان ،
فاذا صدر القبول في المجلس كتابة ، أو شفاها ، أو هاتفيا ، على
النحو الذى بينا ، تم الاتصال بين الايجاب والقبول ، وانعقد العقد
ولو كان بينهما فاصل زمني ، مادام المجلس .

العقود التي لا يشترط فيها تحقق الاتصال :

قد منّا ، أن الجمهور لا يشترط صدور القبول فور الإيجاب ، ليتحقق الاتصال ، بل اكتفوا باتحاد مجلس العقد ، فتعقد العقد ولو لم يصدر القبول فوراً ، بأن كان بينهما فاصل زمني ، مادام المجلس لم ينفذ .
على أن شرط الاتصال بهذا المعنى عند الجمهور ، لا يشترط في عقد الوصية ، والإيصاء ، والوكالة ، فيتعقد العقد فيها باتحاد المجلس وبغيره . بل أن بعضها لا يتعقد إلا إذا صدر القبول في مجلس آخر كالوصية . وبيان ذلك أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، فلا يكون قبول الموصى له معتبراً ، إلا بعد موت الموصي .
وكذلك الإيصاء لأن الموصى إليه بالقيام برعاية شؤون أولاد الموصي القصر لا يكون وصياً إلا بعد وفاته .
وأما الوكالة ، فمهي من باب الإعانة ، ولذلك صح القبول فيها ، ففي المجلس ومعه .

الفصل الثالث

بقا الإيجاب قائماً حتى صدور القبول

قدمنا ، أن اتصال القبول بالإيجاب ، كشرط للإنعقاد ، يفترض سبق قيام الإيجاب واستمراره ، حتى يصدر القبول ، ليتصل به .
وعلى هذا ، فسقوط الإيجاب قبل القبول ، بأي سبب ، يحول دون

- (١) التعاقد بالهاتف بمثابة التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ، وبين غائبين من حيث المكان ، ويتم العقد بينهما إذا اتحد المجلس زمنياً بالقدر الذي تستغرقه الكلمة الهاتفية التعاقدية .

تحقق الاتصال بينهما ، فلا ينعقد العقد .

وهذا يقتضينا بحث الأسباب التي يسفد بها الأيجاب ، فنعرضها فيما يلي :

أولا : رجوع الموجب عن ايجابه ، صراحة أو دلالة ، قبل القبول .
 أما صراحة فقولته : رجعت عن ايجابى ، وأما دلالة ، فبانصرافه عن التماقد ، الى التشاغل بما لا يتعلق بموضوع العقد ، كالأكل والنوم والتحدث بحديث آخر ، كما قدمنا .
 وفي هذه المسألة رأيان للفقهاء :

أ - أنه يجوز للموجب أن يرجع عن ايجابه ، مادام لم يتعلق به حق لأحد ، اذا المفروض أنه قبل صدور القبول ، ويصبح بالرجوع لغوا . فاذا صدر القبول بعد ذلك ، لم يصادفه ، فلا يتحقق الارتباط ولا يتم العقد ، وهذا رأى الجمهور ومعص المالكية . وحجتهم في ذلك أن للموجب حق الملك ، ويايجابه اثبت للطرف الآخر حق التملك ، فكان للموجب أن يرفع هذا الحق الذى أولاه الطرف الآخر ، لأن حق الملك أقوى من حق التملك ، ان الأول ثابت أصالة ، والثاني مجرد ولا يمس منحة من الموجب ، وبرضاه ، ولو الزمننا للموجب بايجابه قبل القبول لكان حق التملك أقوى ، وهذا الجائز ، لما قدمنا ، بخلاف ما اذا رجع بعد القبول ، ان ينعقد العقد ، ولا يملك الموجب الرجوع عن ايجابه حينئذ ، لأنه تعلق به حق الغير .

تخلص من هذا الشأن الموجب يملك حق الرجوع قبل القبول ، لا بعده . وان رجوعه قبل القبول يحول دون تحقق الاتصال ، فلا ينعقد العقد .
 ب - لا يملك الموجب الرجوع عن ايجابه ، ولو قبل القبول ، فيكون ملزما به ، بإتمام المجلس قائما ، ولا اعتبار لرجوعه لوقع ، ولو صدر

القبول انعقد العقد ، ولا يسقط الايجاب . الا باعراض الطرف الآخر ، او انتهاء المجلس بالقبول ، الا اذا قيد الموجب نفسه بمدة (١) بان حدد للطرف الآخر مدة معينة يقبل فيها العقد او يرفضه ، فيكون الموجب ملزما بما ألزم به نفسه ، طوال هذه المدة التي قيد بها نفسه ولا يبطل الايجاب بانتهاء المجلس ، بل بانتهاء المدة اذا لم يصادف قبوله ، وليس في تحديد هذه المدة منافاة لمقتضى العقد . هذا ، ويتقيد الايجاب بالمعرف ، اذا جرى على تقيد الموجب بمسدة معينة (٢) .

ثانيا : موت أحد العاقدين ، او زوال اهليته بجنون ونحوه ، قبل القبول
موت الموجب ، او خروجه عن اهليته بالجنون قبل القبول ، يبطل ايجابه ، فاذا صدر القبول من الطرف الآخر بعد ذلك ، فلا ينعقد العقد اذا لم يصادف ايجابا يرتبط به .

وانما سقط الايجاب بذلك ، ولم يورث ، لاحتمال رجوع الموجب لو بقي حيا . وكذلك موت الطرف الآخر ، او خروجه عن اهليته ، قبل قبوله يبطل الايجاب ، ان لم تمد له فائدة . وهذا مبني على أن حق الايجاب أو القبول ، لا يورث ، وهو مذهب الاثمة الاربعة (٣) .

(١) مواهب الجليل : ج ٤ ص ٢٤١ .

(٢) الدر المنتقى : شرح الملتقى -- بهامش مجمع الانهر : ج ٢ ص ٤ البحر الرائق : ج ٥ - ص ٢٦٧ وانظر احكام المعاملات الشرعية .

ص ١٧٥ للاستاذ الشيخ علي الخديف .

(٣) الفتاوى الهندية : ج ٢ ص ٧

وخالف في هذا الاباضية ، فاجزوا للوارث ، أو الولي أو القيم حسب الأحوال ، أن يقوم مقام الموجب أو القابل الذي توفي أو زالت أهليته بناءً على أن هذا الحق يورث (١) . عندهم

ثالثاً : يبطل الايجاب ايضاً برفض من وجه اليه الايجاب (القابل) صراحة أو دلالة (٢) .

رابعاً : هلاك محل العقد ، كلياً أو جزئياً ، أو تغييره ، أو التغير في حكم الهلاك الجزئي ، قبل القبول ، بأن كان عصير عنب فتخمر أو صار خلا .

اذن من شروط بقاء الايجاب ، منتجا لآثاره ، وصالحا لاتصال القبول به ، بقاء محل العقد على الحال التي كان عليها قبل التعاقد .

خامساً : انتفاء مجلس العقد ، حتماً بالتفرق ، أو معنى بالاعراض وذلك قبل صدور القبول ، فإذا انقضى المجلس ، سقط الايجاب الذي صدر فيه ضرورة .

الفصل الثاني

محل العقود

اختلاف طبيعة المحل باختلاف العقود

محل العقد هو المعقود عليه الذي يظهر اثر العقد فيه (٣) .

- (١) كتاب النيل : ج ٢ ص ١١ .
- (٢) فتح القدير : ج ٥ ص ٧٨ ص ٨١ ، الحطاب : ج ٤ ص ٢٤٠ .
- (٣) الشرح الكبير : ج ٣ ص ٥ ، مغني المحتاج : ج ٢ ص ٦ . وهذا ظاهر في تعريف الفقهاء ، للعقد ، من أنه ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع ، يظهر اثره في محله - كما قدمنا - فلا بد لكل عقد من محل يظهر حكمه أو أثره فيه ، والمقصود من العقود آثارها .

- ولا عقد بلا محل ، وتختلف طبيعة هذا المحل باختلاف العقود .
- على هذا ، فقد يكون محل العقد من الأعيان المالية او المنافع او الاعمال .
- فعقد البيع (١) والرهن ، والهبة مثلا . محل العقد فيها تكين ماليه .
- وعقد الاجارة والاعارة ، محلها ، المنفعة والانتفاع .
- وعقد المزارعة والمساقاة والاستصناع ، محله العمل .
- وعقد الزواج المتعة الزوجيه ، وهكذا .
- على ان طبيعة بعض العقود تقتضي وجود محل العقد عند التعاقد ، وبعضها لا تقتضي طبيعتها ذلك .
- فمن الاول ، عقد البيع ، والرهن ، ومن الثاني عقد الاجارة والاعارة والمساقاة والمزارعة . ذلك ، لان البيع محله الأعيان كما ذكرنا فلا بد أن يكون موجودا ليظهر أثره فيه ، بخلاف المنافع ، فانها أعراض تظهر شيئا فشيئا ، عند الاستيفاء ، لذا لا يتصور وجودها عند التعاقد وكذلك الاعمال ، توجد مستقبلا .

فتلخص ، انه لا بد لكل عقد من محل ، ليظهر اثره فيه ، والا كان العقد باطلا ، ويختلف العمل باختلاف العقود ، وبأية نسبة كان ، سواء كان العقد بائنا أو زوجيا ، أو منفعة أو عملا (٢) كما اشترنا .

(١) يرد البيع في أيامنا هذه ، على الحقوق المبتكرة ، كحق التأليف

ومحل العقد فيه هو الافكار ، وهي تصورات ذهنية أو أدبية ،

فكانت من قبيل المنافع ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - " أو علم ينتفع به " .

(٢) ومن الأعمال التي يجرى التعاقد عليها ، عمل الأجير المشترك

والأجير الحرة ، والخبرة العلمية من المهندس ، والأجير المأجور ، والزوجين بعد الطلاق .

المبحث الأول شروط محل العقد في الفقه الاسلامي

أولاً : أن يكون محل العقد قابلاً لحكمه شرعاً .

هذا الشرط قد انعقد عليه الاجماع ،

هذا ، ولا يكون محل العقد قابلاً لحكمه ، وبالتالي لا ينعقد العقد في الاحوال الآتية :

١ - كون محل العقد مالا متقوماً مملوكاً ، ولكن طبيعته تاهي قبول حكم نوع معين من العقود ، لا لعدم المشروعية في اصله .

بمثال ذلك الخضروات والفواكه والثلج ، اموال متقومة لم يخرجها الشارع من دائرة التعامل اصلاً ، بل من نوع معين منه ، كعقد الرهن ، اذ طبيعتها لا تتفق مع حكمه من الاحتباس طوال اجل الدين ، لكونها تندرج ضمناً طويلاً بالمقصور من العقد حكمه وأثره .

بأنه يجري عليها من العقود ما يتفق وطبيعتها ، كالبيع ، والهبة ، والصدقة ، لأنها انما تشتري أو توهب أو يتصدق بها ، تحفيظاً لقصد الأكل عادة ، أو التبريد المؤقت ، فلا يصح رهنها ، لالكونها غير مشروعة في أصلها ، بل لما ذكرنا ، بدليل صحة بيعها وهبتها .

٢ - أن يكون حكم العقد لا يتفق مع ما خصص له محله من غرض عام يتعلق بالكافة .

وبيان ذلك أن يكون التعامل مما يشأ عنه مصالح فردية متبادلة بين العاقدين وفي مقدمتها ، حق الملكية الفردية ، مما لا يتفق مع ما خصص له الشرع من منفعة عامة مشتركة للكافة ، لالطبيعة المحل نفسه ، ومن ذلك ، الاوقاف ، والجسور ، والمنابر ، وغيرها من منشآت الدولة

والأجام والمراعي ، وينابيع المياه وآبار النفط ، وعروق المعادن في الأرض ، وما إلى ذلك مما يتنافى مع الغرض من أصل انشائه ، أو خلقه في الأرض ، اجراء الملكية الخاصة عليه بالتعامل أو التعاقد .
غير أن عدم قابلية محل العقد للمحل هنا نسبي لا مطلق ، فالوقف اذا كان لا يجوز امتلاكه بعقد البيع ، أو الهبة ، أو الارث استبعادا له عن التملك الفردي الذي يتنافى مع الغرض العام من أصل تشريعـه فان اجارته جائزة ، ان تؤكد ذلك الغرض ولا تنافيه لصرف غلته السي مستحقه ، وأيضا ، جاز بيع الوقف على سبيل الاستبدال ، اذا كان خيرا له ، لا للتملك الفردي المحض ، وذلك لموضع الضرورة .
والفرق بين هذا السبب وسابقه ، ان الاول يرجع الى طبيعة المحلل وهذا الى الغرض منه .

٣ - كون المحل ليس مالا أصلا ، لنجاسته وضرره أو لكرامته ، فأخرجه الشارع من دائرة التعامل ، واعتبر كل عقد يرد عليه باطلا .
فمن الاول الميتة والدم ، لنجاستهما ، ولما يشتملان عليه من ضرر محقق ، وانتفاء منتفعتهما يستلزم انتفاء ماليتهما ، ان المالية قوامها المنفعة ، وما لا منفعة فيه ليس بمال شرعا ، ومن هنا كان تحريمهما ، فكيف اذا كان ضررا محضا ، أو خبيثا خالصا .

ومن الثاني ، الانسان الحر ، حيث لا يجوز أن يكون محلا للتعامل ، أصلا ، ولا أي عضو من أعضائه ، مسلما كان أم غير مسلم ، لآدميته التي هي منشأ كرامته ، لقوله تعالى : " ولقد كرّمنا بني آدم " باطلاق .
٤ - كون محل العقد مالا ولكنه ليس بمتقوم شرعا ، فلا يكون قابلا لحكم

العقد ، فيقع باطلا .

يشترط في محل العقد أن يكون مالا متقوماً . والا وقع العقد -
باطلا (١) ، فهو شرط انعقاد ، والمال المتقوم هو ما توافر فيه أمران :
الأول : اجرازه وحيازته فعلا .
الثاني : جواز الانتفاع به انتفاعا مطلقا في حال السعة والاختيار ،
لا في حال العسر والاضطرار .
وتأسيسا على هذا ، فلا يجوز التعامل ، فيما لا منفعة فيه أصلا ، لفقدان
العقد أو التعامل الغرض الذي من أجله شرع ، وهو تبادل المنافع .
وأيا ، مالا منفعة فيه ، يجعل التعامل فيه عبثا ، لعدم الفائدة ، وكل
عقد يخلو من الفائدة باطل ، لأن العبث لا يشرع ، فكانت الفائدة شرط
انعقاد . وأيضا بذل المال فيما لا نفع فيه سفه ، وأخذ المال من قبل
الطرف الآخر ، أكل لاموال الناس بالباطل ، وكلاهما محرم .
وذلك ، كالحشرات ، والسباع التي لا ينتفع بها في الأكل ، ولا في الصيد
ولا في غيرها من وجوه النفع المعتاد .
عنى أن قوام مالية الشيء - كما قدمنا - المنفعة ، وهي أساس
القيمة ، ومالا منفعة فيه قيمة له عرفا ، ومالا قيمة له عرفا ، ليس مالا متقوما
شرعا .

(١) البدائع : ج ٥ ص ٢١٠ للكاساني .
جاء في المجلة تعريف المال المتقوم : " يستعمل في معنيين
الأول ما يباح الانتفاع به والثاني - بمعنى المال المحرز -
فالمسك في البحر غير متقوم ، وإذا صيد صار متقوما بالاجراز
المادة ١٢٧ . وراجع تبیین الحقائق : ج ٤ ص ٤٤ .
البدائع : ج ٥ ص ١٤٠ .

ويستوى في ذلك أن يكون للشيء نفع ، ولكن الشارع منع منه ، وألا يكون له نفع أصلا ، لأن المنفعة المحرمة كالمعدومة ، إذ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، ولا يجوز التعامل في المعدوم .
ومن ذلك آلات الملاهي ، والفسق ، والمعاصي ، وما يماثلها ، أو الاستئجار للفناء ، والرخص ، والتياحة على الموتى ، لأن محل العقد غير متقوم ، بمعنى أن ما فيه من نفع هو محرم ، فلا يجوز استيفاءه .
الانتفاع به ، فصار كما لا نفع فيه أصلا ، كالخمر ، فيكون العقد باطلا لانقضاء ركنه ، وهو المحل ، أو شرط انعقاده ، وهو عدم قابليته لهذا المحل لحكم العقد ، كما ذكرنا (١) .

وتطبيقا لشرط التقوم في العقد ، بمعناه الأول ، وهو الاخراج في المباحات يثبت الملك للمحرز ، وليتمكن من التملك ، لا يجوز بيع السمك في البحر ، والطيور في الهواء ، والحيوان في الاجام ، والكلاء في المرعى ، والحطب في الغابات ، والمياه في الينابيع ، قبل احرزها والاستيلاء عليها فعلا ، لأمرين :

الأول : لأن التعامل تملك ، ولا يتأتى هذا المعنى فسي التملك قبل تملكه ومعلوم أن التملك بالاحراز ، وقبله لا يتأتى تملك من لا يملك .
ولأن العاقدين بالنسبة للمباحات وهي في الطبيعة ، على السواء ، من حيث وضعهما الشرعي ، فلا يتصور أن يخوله التملك ، وأخذ العوض ، بحيث يصبح أحدهما مالكا ، وفي مركز أقوى ، والآخر مملوكا ، فيسأل الاحراز ، لأن ترجيح أحدهما على الآخر ، بد مرجح يسوغه تحكم غير جائز

(١) تبين الحقائق : ج ٤ ص ٤٤ ، ص ٤٨ ، الخطاب : ج ٤ ص ٢٦٢

الثاني - لعدم القدرة على التسليم ، وهو شرط لصحة العقد ،
تنفيذا لاحكامه ، اذ هي الغرض من تشريع العقود .
فتلخص ، ان المباحات في الطبيعة ، قيد ان يحجزها ويملكها احد ،
ليست محلا للتعامل ، اذ لا يملك التملك من الايداع ، وهذا هو التقوم
بمعناه الاول عند الحنفية ، وهم الاجاب الذين قالوا بالملك ،
ويمكن ان يقال ، ان شرط " التقوم " ينطوي على شروط ثلاثة هي
المذهب الحنفي :

اولا : ان يكون محل العقد مالا جائزا الانتفاع به شرعا بحالة الصحة
والاختيار (١) .

ثانيا : ان يكون مملوكا (ويملك المالك بالاحراز)

ثالثا : ان يكون مقدور التسليم .

فتلخص ان محل العقد يشترط / لصحة العقد / ان يكون مالا مقبوسا
مقدور التسليم (٢) وموجودا وقت التعاقد على ما سيأتي بيانه .
ثانيا : ان يكون المحل موجودا وقت التعاقد :

لم تتفق اجتهادات الفقهاء على هذا الشرط ، حتى فيما تقتضي
طبيعته وجود المحل ، كالبيع والرهن ، وهو من الأعيان .
على أن الفقهاء قد اتفقت للمتهم على أن التشريع الاسلامي ، واقفي ،
وباعتباره تشريعا قائما اساسا على تحقيق مصالح الناس ، لسداد

(١) أما حالة الضرورة ، فيجوز الاستئجار بالمحطوطات وما في حكمه ،
ولا جائز الانتفاع به مطلقا ، انما الانتفاع به في وقت الحاجة .
(٢) أما القدرة على التسليم ، يبرها بعض الفقهاء شرط صحة ، وبعضهم
الآخر يهتبرها شرط لزوم .

وأما أن هذا التشريع - بحكم واقعيته - لا يتصور أن يأتي بحكمه صراحة دلالة ينافي هذه الواقعية التي تقتضي امكانية التطبيق - وتحقيق مصالح الناس .

وعلى هذا ، اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط وجود المحل عند التعاقد إذا كان بطبيعته معدوما ، لا يوجد الا مستقبلا ، أو شيئا فشيئا ، حسب الاستيفاء ، كالمنافع والأعمال ، فاشتراط وجودها جملة ، وقت التعاقد أمر مستنع ، واقعا ، لأنها أعراض زائلة كما قدمنا .

وعلى هذا ، جاز التعاقد عليها ، على وضعها الطبيعي الذي وجدت عليه ، أي على الرغم من انتفائها وقت إبرام العقد ، استجابة لما تقتضيه طبائع الأشياء .

أما إذا كان المحل عينا مالية ، معينة بالذات ، ولم تكن موجودة أصلا وقت انعقاد العقد ، وقع باطلا جماعا ، بأن كان موجودا ، ولكنه هلك قبل البيع ، لأن البيع معين بالذات ، وقد انتفتت ارادة المتعاقدين على أن يرد هذا العقد على محل معين بذاته ، يجب أن يكون موجودا وقت التعاقد ، فوقع باطلا ، لتخلف ركنه ، مما جعل العقد غير مفيد لاستحالة تنفيذه (١) .

غير أن وجود محل العقد بوجه عام ، كشرط للانعقاد اختلف فيه الفقهاء على آراء ثلاثة :

أ - يشترط وجود المحل فعلا ، وقت التعاقد ، إذا كان عينا ماليا ، في كافة العقود من المعاوضات والتبرعات ، ولا يكفي احتمال وجوده مستقبلا

(١) الهدائع : ج ٥ ص ١٣٨ ، للكاساني .

لما في ذلك من الضرر المنهبي عنه شرعا وصوننا للعقد من الالغاء
عند فواته ، كالثمرة التي لم تبرز أصلا (١) ، لاحتمال عدم ظهورها ،
وكاللين في الضرع ، لاحتمال أن يكون انتفاخا ، وهذا ما يطلق عليه
بيع " ماله خطر العدم " (٢) أي احتمال وجوده وعدمه ، فالعقد عليه
يقع باطلا ، ولو وجد بعد ابرامه .

وحجتهم ، في هذا ، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد نهى عن
بيع الضرر وعن بيع المعاومة والسنين (٣) وعن بيع الانسان ماله عند (٤)
وعن بيع جبل الحبل (٥) لأن بيع المحل ، اذا كان معدوما وقت التعاقد ،
قد يفضي الى الضرر بالا يوجد أصلا ، وكذلك اذا كان على خطر الوجود
والعدم ، لأن هذا الاحتمال يفضي الى ذلك أيضا ، فلا بد أن يكون
محقق الوجود ، عند العقد ، نفي للضرر والتنازع ، وكلاهما محرم ، والا كان
العقد باطلا .

هذا هو مذهب الحنفية والشافعية (٦) في جميع العقود ، وهو

مذهب المالكية فيما عدا عقود التبرعات .

ومن تطبيقات ذلك أيضا ، بيع الثمر قبل أن يوجد ، إذ قد يمنع الله
الثمرة ، وكذلك بيع ما استد ، الانعام ، أو بيع الأحمال في بطون أمهاتها

-
- (١) الفتاوى الهندية : ج٣ ص ١٠٦ ، وقد جاء فيها " بيع الثمار قبل
الظهور لا يصح اتفاقا " .
 - (٢) بيع ثمار البساتين والزرور ، لعدة أعوام مقبلة .
 - (٣) جاء الحديث / " لا تبع ماله عندك " .
 - (٤) أي نتاج النجاج من الحيوان - بفتح الحاء والباء في كليهما .
 - (٥) مجمع الانهر : ج٢ ص ٥٣ ، ٥٤ ، الهدايع : ج١ ص ١٣٩ ، نهاية المحتاج
ج٣ ص ٥٤ ، الام : ج٣ ص ١٦٢ ، الفتاوى الهندية : ج١ ص ٤٦١ البسوط
ج١ ص ١٣٩

كل ذلك باطل ، لعدم وجوده أصلاً ، لا سيما في العقد المبرم ،
يوجد ، فكان على خطر العدم ، إذ من المحتمل أن يفسد الحبل
بيننا ، فيكون في العدم ، وفي احتمال الوجود ، عرر
وفرعوا عن هذا الأصل ، بطلان العقد إذا وقع غلط في ذائبة
المبيع ، بأن انصب الغلط على سائر المعقودات ، كان يشتري شخص
هذا الخاتم من الذهب مديرا الى خاتم من نحاس ، وهو لا يعلم أنه
نحاس ، أو أن يشتري نسا من الياقوت ، فاذا به من زجاج ، إذ المبيع
حينئذ يكون معدوما ، لأن ماأسماء ، وأشار اليه ، لم يكن هو المعقود
عليه (١) .

بـ يشترط تحقق وجود المحل عند إبرام العقد — كالرأى الأول —
ولكن في عقود المعاوضات المالية خاصة ، دون عقود التبرعات والتوثيقات
كالوقف والهبة والرهن ، بل يكفي في هذه الأخيرة ، أن يكون المحل
ممكن الوجود في المستقبل ، وهذا هو مذهب المالكية ، إذ لاغرر فيها
ولا نزاع ، لأنها تمحضت تبرعا ، دون غيرها ، أو سببا .

جـ لا يشترط وجود المحل وقت التعاقد ، في كافة العقود ، وهو رأى
الإمام ابن تيمية وابن القيم (٢) والامام العز بن عبد السلام ، بل يصح

على أن بعض الفقهاء المحدثين ، قد ادج هذه المسألة في باب

نيوب الرضاء ، انظر المعاملات الشرعية المالية : ص ٩١ — ٩٢ ،

والاستاذ أحمد ابو الفتح : كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية

ج ٢ ص ١٨٢ — ١٨٤ ، وأخذت المجلة بهذا الراى في المادة ٢٠٨

انكسار التفتيشين : ج ٢ ص ١١٢ وما يليها — والقياس في الشرع الاسلامي

ص لابن تيمية ، وراجع مذهب المالكية — الخريف : ج ٢ ص ٦٦

بداية المجتهد : ج ٢ ص ١١٢ .

أن يكون محل العقد شيئاً مستقبلاً ، إذا كان محقق الوجود أو
ممكن الوجود عادة .

وعلى هذا ، فإن المعدوم من حيث هو معدوم ، يصلح أن يكون محلاً
للتعاقد ، لأن النهي عن بيعه ، لا للوجود ولا للعدم ، بل للغرر
حتى إذا كان محقق الوجود أو ممكن الوجود مستقبلاً ، عادة ، صح -
التعاقد عليه ، تيسيراً على الناس ، ورفعاً للحرج عنهم ، وتحقيقاً
لمصالحهم ، وقد دجى على ذلك عرفهم ، ونزع الناس عن أعناقهم ، القاء
لهم في العنت وذلك فحسب جائز ، مادام لا يورث غرراً ولا نزاعاً مشكلاً
يحول دون تنفيذ العقد عادة .

والخلاصة أن متأخرى الحنابلة وبعض الشافعية أجازوا أن يكون محل
العقد شيئاً مستقبلاً ، مادام ممكن الوجود ، وإن الغرر هو علة النهي
لا المعدومية .

منشأ الخلاف بين ابن تيمية وابن القيم وابن عبد السلام من جهة

بين جمهور الفقهاء في اشتراط وجود المحل وقت العقد إذا كان

معيناً خالية .

منشأ الخلاف في تخريج مناط النهي عن المعدوم ، أهو لذات
العدم ، وهذا ما انتهى إليه اجتهاد الجمهور ، أو للغرر ، لا للعدم ؟
وهو مذهب ابن تيمية وابن القيم وابن عبد السلام .

وتفرغ عن هذا ، أن المعدوم يصح ورود العقد عليه ، ويكون صحيحاً
شرعاً ، إذا كان محتمل الوجود مستقبلاً ، وكان معلوم الوصف والقدر ،
وقد ورد التسليم ، لانتفاء " الغرر " الذي هو علة النهي ، وإذا انتفى الغرر ،

انتهى التحريم وصح العقد .

وأما اذا تحقق الغرر ، كان العقد باطلا ، ولو كان محل العقد موجودا وقت العقد ، كبيع البعير الشارد والمال المفصوب ، والمسروق ، وما اليه ، لأنه معجز التسليم .

ونرى أن رأى الامام ابن تيمية وابن القيم ، هو الأرجح ، لقيام التعامل على اليسر ، وتحقيق المصالح ، ولأن الضرورات تقتضي العمل بهذا الرأى ، ولذا رأينا الامام مالك وبعض أئمة الحنفية يجيزون بيع المعدوم من الثمر والبقول والخضار ، تبعاً للموجود اذا كان من طبيعته هذا التلاحق في الوجود ، فاستدلوا بما ورد في عقد السلم الذى جاز بالنص والاجماع ، وفي الاستصناع ، والاجارة ، وغيرها ، ومحلها معدوم ، لمكان الضرورة ، والشارع لا يتناقض .

على أن ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من أن الاصل تحقق وجود المحل وقت التعاقد ، شرطاً لصحة العقد ، وما عدا ذلك انما جاء على سبيل الاستحسان ، كالاجارة وما اليها منقوض - كما يقول العز بن عبد السلام - بأن الشريعة طائفة بمسائل المعاوضة على المعدوم ولا يستقيم اعتبار الأصل أصلاً ، اذا كانت الاستثنائات في جميع التصرفات أكثر مما يقتضيه ، وفي هذا المعنى يقول الامام العز بن عبد السلام ، مستنكراً رأى الجمهور بقوله : " والعجيب من يعتقد أن المعاوضة على المعدوم على خلاف الاصل ، مع أن الشريعة طائفة بها في جميع التصرفات . (١) "

(١) قواعد الأحكام : ج ٢ ص ١١٣ ص ١١٣ من هذه الاستثنائات

الاستصناع والسلم وبيع الثمار والخضار ، والازهار ، والاجارة .

ثالثا : أن يكون المحل مقدور التسليم وقت إبرام العقد :

هذا الشرط عام في جميع العقود (١) ، عند الشافعية والحنفية ولا يصح العقد اذا تخلف ، ولو كان المحل موجودا وسلوكا للعاقب كبيع سفينة غرقت في البحر ، أو بيع بضاعة مستوردة من الخارج أيسم (٩٠) الحروب ، ولما تصل الي يد البائع ، أو بيع الحيوان الضال ، فالعقد باطل (٢) .

وجاء في تطبيقات هذا الشرط ايضا ، ببيع اللبني في الضرع ، لانه لا يجتمع دفعة واحدة ، ولا ببيع الصوف على ظهر الغنم ، لانه ينمو ساعة فساعة فيختلط الموجود وقت العقد بالحادث بعينه على وجه لا يمكن معه التمييز بينهما فصار معجوز التسليم (٣) .
وتعليل هذا الاشتراط ، أن الفرض من العقد تنفيذ أحكامه ، ولا سيما حكمه الاصيلي ، كانتقال الملكية في عقد البيع ، الى المشتري ، فاذا كان البيع معجوز التسليم ، لم يتحقق الفرض الاصيلي للعقد فيغدو عبثا ، عديم الفائدة :

وكذلك الحكم ، بل ومن باب اولي ، اذا كان محل العقد مستحيلا عادة او شرعا القيام به ، أو انجازه وتسليمه ، من مثل الاتفاق مسع

(١) - خلافا للملكية الذين اشترطوه في عقود المعاوضات خاصة ، دون

عقود التبرعات ، كما سيأتي .

(٢) - المادة / ٢٠٩ من المجلة - تبين الحقائق - ج ٤ - ص ٤٤ وصفا

بليها - البدائع - ج ٥ - ص ٢١٠ .

(٣) - البدائع - ج ٥ - ص ٢١٠ - الهداية - ج ٣ - ص ٣٢ - ص ٣٣

وانظر المادة / ٢٠٨ و ٢٠٩ - من المجلة .

الطبيب على شفاء المريض نظير أجر معين ، باطل ، لان هذا يستحيل شرعا ان الشفاء بيد الله تعالى ، فالعقد أوجب تكليفا أو التزاما لا يسع التعاقد أن يوجد ، أو ينفذه ، وبذلك كان غير مقدور التسليم . غير أن المالكية أجازوا تخلف شرط القدرة على التسليم وقت التعاقد ، في التبرعات . فلم يشترطوه فتجوز هبة البعير الشارد وما اليه والوصية بالمال المنصوب . فخالفوا بذلك الجمهور .

وحجتهم في ذلك ، أن الإنهني عن الغرر إنما ورد في البيع خاصة وهو عقد معاوضة مالية ، فيقتصر عليه ، ويلحق به ما كان في معناه ويستثنى من ذلك التبرعات .

هذا ، واستدلوا بالمعقول ، وهو أن محل العقد في المعاوضات اذا كان غير مقدور التسليم ، فإن بيعه يفضي الى المقامرة ، لانه يباع عادة بثمن أقل ، فاذا قدر المشتري على أخذه ، يكون قد قهر البائع ، وخدعه لانه أخذه باقل من ثمنه ، وان عجز عن ذلك ، يكون البائع قد قهره وظبه لانه اخذ مالا دون أن يقدم عوضا كافيا وفي كلا الحالين غرر ومنازعة وهو مالا يجوز المصير اليه ، وهذا منتصف في عقود التبرع ، ان ليس المقصود فيها الربح (٢) ، بل التواد والتواصل واسداء الخير والاحسان الى الغير .

رابعا : أن يكون محل العقد معلوماً عند طرفيه ، وقت العقد
علما نافيا للجهالة الفاحشة المفضية الى النزاع غالبا ، تحقيقا
للرضى الحقيقي الكامل :

(٩٢) هذا الشرط متفق عليه في عقود المعاوضات المالية بما هي قائضة

(١) - المحلى - ج ٨ رقم ١٣١ - لابن حزم الاندلسي .

(٢) - الخرشي - ج ٣ - ص ٣٧٢ - المهذب - ج ١ - ص ٢٦٣

سجع الانهر - ج ٢ - ص ٥٨ .

بأساس على تبادل العوضين فلا بد لكل من طرفي العقد ، أن يكون على
هينة مما يأخذ ويعطي ، ليتم رضا كلا ، والا فان الجهالة الفاحشة
لا يتحقق معها الرضا ، وهو أساس التعاقد ، وحل انتفاع كل من التعاقدين
بمال الاخر ، فضلا عن أنها تفضي الى المنازعة ، مما يحول دون تنفيذ
العقد ، واجتناء آثازه ، وما شرع التعامل في الاسلام لهذا المآل المنوع .
ومن تطبيقات ذلك ، أن يقول بعتك شاة من هذا القطيع ، أو ثوبا
من هذا الصندوق ، لجهالة المحل على نحو يفضي الى المنازعة .
وانما نشأت الجهالة الفاحشة من التفاوت الفاحش بين أفسراد
المبيع (١) .

ثم أن هذه الجهالة مانعة من التسليم ، فلا يتحقق المقصود
من العقد (٢) .

بخلاف الجهالة اليسيرة ، فمفتقرة ، تيسيرا للتعامل .
هذا ، ومحل العقد اذا كان يتعين بالتعيين ، أصبح هو بذاته
واجب التسليم ، دون غيره ، ولو كان من جنسه وليس للعاقد الا خبر أن
يسلم شيئا اخر ، ولو من جنسه ، أو مثله ، أو في مثل قيمته ، أو اعلى
قيمة منه (٢) .

(١) - البدائع - ج ٥ - ص ١٥٦ - البحر الرائق - ج ٥ - ص ٢٦٠
المرجع السابق .

(٢) - نصت المجلة على أن " المبيع يتعين بتعيينه في العقد
مثلا لو قال بعتك هذه السلعة ، وأشار الى سلعة موجودة
في المجلس ، وقبل المشتري ، لزم على البائع تسليم تلك السلعة
بعينها ، وليس له أن يعطيه سلعة غيرها من جنسها "

هذا ، وتكفي الإشارة في تعيين محل العقد اذا كان موجودا فسي المجلس ، ويحصل بها علم المشتري به .

أما اذا كان المجل غائبا عن المجلس فيمكن تعيينه بالاوصاف التي تميزه عن غيره ، ليحصل العلم .
فان كان أرضا ، أو دارا ، أو سيارة ، فيجب بيان مساحتها وحدودها ، أو بيان موقع الدار ، وعدد طبقاتها ، ومساحتها ، أو بيان نوع السيارة ، وشكلها ، ومصدر صنعها ، وتاريخه ، ومدى جدتها واستعمالها ان لم تكن جديدة ، وهكذا من كل ما هو ضروري لنفي الجهالة التي تورث النزاع .

وأما ان كان محل العقد من المثليات ، فيجب - لتعيينه وحصول العلم به ، أن يبين جنسه ، ونوعه ، وقدره ، والا بطل العقد ذلك لان رضا الطرفين - وهو أساس التعاقد - موقوف على ذلك إذ لو لم يكن المسجل على الاضاف التي تم الاتفاق عليها ، فان كان خيرا منه ، فات رضا البائع ، وان كان دونه ، فات رضا المشتري (١) .
وكذلك يحصل العلم بالروية ان كان في مجلس العقد ، أو كانت قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه ، وسيأتي مزيد بيان في بحث وسائل تعيين المحل ، تحميلا للعلم به علما نافيا للجهالة الفاحشة ، ومحققا للرضا الكامل .

هذا في عقود المعاوضات المالية .

(١) - شرح المجلة - ج ١ - ص ٢٠٦ - للاستاذ محمد سعيد مراد الغزوي
شرح المجلة - ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤ للاستاذ منير القاضي .

أما في عقود التبرعات ، فقد مضى المالكية على أصلهم في التيسير فيها ، فجازوا الجهالة في محالها بولو فاحشة ، كالهبة ، والوقف ، والوصية فقلوا بصحتها معها .

غير أن المالكية لم يجيزوا الجهالة الفاحشة ، في المهر (١) ، في عقد زواج - وهو ليس عقد معاوضة مالية ، ولا عقد تبرع - بل أجازوا اليسيرة ن يتزوج ويجعل المهر أثار بيت ، ويحتكم في تعيين ذلك الى العرف وبذلك كان العرف - عند المالكية - سبيلا الى تحقيق امكانية العلم حل العقد ، ولو كان - في حد ذاته - مجهولا وقت التعاقد .

وتعليل هذا الرأي عند المالكية ، أن عقود التبرع ، وكذا عقود الزواج ، ليس المقصود منها الربح ، أو العوض المالي ، فالتبرع لا يفهم شيئا ، وكذا عقد الزواج ، ليس المقصود أصالة من ابراه ، المال ، ولذا كانت الجهالة فيه لا تخل بالمقصد الاصيل منه ، والعرف كاف في ازالة الجهالة التي تلابس المهر ، هسفة وقدرا ، فتغتفر الجهالة فيه بقصد أكبر من الجهالة في عقود المعاوضات المالية .

أما الشافعية ، فقد اشترطوا العلم بمحل العقد أيا كان ذلك العقد ، معاوضة أو تبرعا على ما سيأتي تفصيله .

وسائل تعيين المحل التي تنتفى معها الجهالة الفاحشة :

تعيين المحل بالوصف جنسا ونوعا وقدرا ، اذا كان من المثليات ،
اجمعا :

يتعين محل العقد بالوصف جنسا ونوعا وقدرا ، اذا كان من المثليات .

وفي عقود المعاوضة المالية وهذا بالاجماع ، كالقمح ، والشعير ، والزيت والقطن ، وما الى ذلك .

فلو قال بعثك من القطن السوري ، من نوع كذا ، مقدار كذا
تعين المحل ، وأصبح معلوما لا جهالة فيه ، فيصح العقد ويلزم .

هذا اذا كان المحل من المثليات ، وفي عقود المعاوضات المالية .
ولا يفني في تعيين " المثليات " (المقدرات) بيان الجنس دون
النوع والمقدار ، او الجنس والنوع دون المقدار .

وأما اذا كان المحل من " القيميات " فلا بد من تعيينه بالذات ،
ببيان أوصافه الجوهرية ، حسب طبيعة المحل ، فاذا باع دارا
فلا بد من ذكر موقعها ، وبيان مساحتها ، ومشمولاتها ، وعدد
طبقاتها وغرف كل طابق ، ومساحة كل غرفة ، وارتفاعها . واذا كان
تحل العقد القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فانه يجب بيان نوع
العمل ، وصفته ، ومدته ، فالتعاقد على بناء دار مثلا ، باطل
لجهالة المحل جهالة فاحشة (١) ، وكذلك الامتناع عن عمل
لا بد من بيان نوعه ، ومدته ، كالاتناع عن سكنى المنزل السنوي
اشترأ ، مدة ثلاث سنوات من تاريخ العقد ، بشرط مقترن بالعقد
لصالح البائع .
وفي المنافع ، يجب تعيين العين المؤجرة ، ونوع المنفعة ، والصفة
ومقدار العوض ، تعيينا يمنع أسباب النزاع . واذا باع من الانعام
ما تتفاوت افراده في القيمة تفاوتاً يعتد به عرفاً ، فيجب تعيين
المبيع بالذات ، لان التفاوت الفاحش بين افراده يجعل المبيع

(١) الجهالة الفاحشة هي التي تفضى الى النزاع ، وهي ضرب من الغرر

مجهولا جهالة فاحشة مفضية الى النزاع المشكل الذي يتعذر حسمه أمام القضاء (١) ، وهذا ضرب من الغرر المنهبي عنه ، فلا بد من تعيين ذاتية المحل .

هذا ، ويتخذ الوصف وسيلة لتعيين المحل اذا كان عينا غائبة عن مجلس العقد ، وهو رأى الجمهور من المالكية والحنفية والحنابلة .

أما الشافعية (٢) ، فلا يرون " الوصف " للغائب ، وسيلة كافية لتعيين المحل ، والعلم به ، ولو كان دقيقا ، فلا يصح معه العقد ، بل يرون أن " النزوية " شرط انعقاد ، لانهم اعتبروها الوسيلة الوحيدة للتعيين ، ولذا اشترطوها دائما ، سواء أكان المحل قائما فسي المجلس ، أم غائبا عنه (٤) ، فالاعيان الغائبة لا سبيل الى العلم بها الا الروئية .

(١) - فلا يصح بيع دابة من الدواب ، أو شاة من القطيع ، أو أن يبيعه

جميع ما في هذه الدار من الاثاث ، والدواب ، والثياب ،

والحبوب .

(٢) - هذا ، وحكم العقد على مجهول - في فقه الحنفية - أنه فاسد

لا باطل ، خلافا للجمهور الذين لا يفرقون بين الفساد والبطلان

على ما سيأتي تفصيله . جاء في المجلة " بيع المجهول فاسد "

مادة / ٢١٣ .

(٣) - وهذا مذهب الشافعي في الجديد ، وفي رواية عن الحنابلة

- بداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٦٩ - مغني المحتاج - ج ٣ -

ص ٥٢٠ وما يليها .

(٤) - نهاية المحتاج - ج ٣ - ص ٣٤ .

وعلى هذا ، لا خيار روائية في فقههم ، لان هذا يستلزم سبب
انعقاد العقد غير لازم ، اذا لم تتم روائية محله عند انشائه ، وهم لا يقولون
بانعقاده اصلا في هذه الحال ، فيقع باطلا ، ولا خيار في العقد الباطل
لانعدمه اصلا وآثارا ولانه لا يقبل الاجازة ، وحجتهم في هذا ، قوله
- صلى الله عليه وسلم - : (لا يخل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع
ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك) .

ووجه الاستدلال ، أن قوله - صلى الله عليه وسلم - " ولا بيع ما ليس
عندك " ، محمول على الغائب الذي لم تتم روائية ، هذا فضلا عن
احتجاجهم بالنهي عن الغرر ، وبذلك منع الشافعية العقد على الاعيان
الغائبة ، لعدم تحقق شرط الروئية ، وهو رواية عن الحنابلة .

ولم يوافق الجمهور (١) على هذا التفسير ، بل حملوه على بيع الانسان
ما لا يملك ، بخلاف الغائب ، فلا نهى عن بيعه اذا كان مملوكا ، ويستتم
العلم به عن طريق الوصف اذا لم تكن روائية ، وشاهدته ، لعذر الغيبة
وهي شرط في جميع العقود ، سواء اكانت من المعاوضات العالية أم التبرعات
ولا نزاع في أن " الروئية " من أبلغ طرق العلم بمحل العقد اذا كان
من الاعيان ، عقارا كان أم منقولا . هذا ، ويتوقف شرط الروئية على كسبون
محل العقد عينا مشخصة .

(١) - راجع في مذهب الجمهور - فتح القدير - ج ٥ - ص ٩٠

كشاف القناع - ج ٢ - ص ٦٧ - نهاية المحتاج - ج ٣ - ص ٢٧

وما يليها .

وراجع مصادر الحق - ج ٢ - ص ٦٣ وما يليها -

المبسوط - ج ١٣ - ص ٦٩ وما يليها .

غير أن المالكية يوجبون الروئية إذا كان المحل حاضرا في المجلس حتى إذا تمت ، كان العقد لازما .

أما إذا كان غائبا ، فالوصف الدقيق الذي تنتفي معه النجاسة يقوم مقامها ، ويقع العقد لازما إذا كان الوصف مطابقا ، والا فللمشتري خيار الوصف عند المالكية والحنابلة في رواية ، بخلاف الحنفيين حيث يثبت خيار الروئية مطلقا ، فالعقد لا يكون لازما عندهم إلا بالروئية ، ولو كانت أوصافه مطابقة لما تم التعاقد عليه .

واستدلوا بقوله - صلى الله عليه وسلم - " من اشترى ما لم يسره

فله الخيار إذا رآه " باطلاق وحديث ليس الخبر كالمعاينة " .

- هذا ، ولا يراد بالروئية الابصار ، بل هي أعم ، إذ تعتبر في كل شيء بحسبه ، فان كان من المشومات ، أو المطبومات ، فان رويته تعتبر بشمسه وذوقه ، بخلاف السيارة ، والدار ، والارض ، والحيوان وما الى ذلك .

ولا يشترط أن يرى محل العقد كمالا ، بل تكفي روية جزء منسه إذا كانت اجزائه لا تتفاوت تفاوتا يعتد به عرفا ، إذ العلم بالجزء ، يستلزم العلم بالكل .

- هذا ، والارجح ما ذهب اليه الجمهور ، تيسيرا للتعامل ، ولانتفاء الغرر . وفي الجملة ، فان الفقه الاسلامي يتشدد في شرط معلومية المحل تحقيقا للرضا الكامل (١) .

(١) - مغني المحتاج - ج ٣ - ص ٣٤ - بداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٥٥ -

منتهى الزادات - ج ١ - ص ٣٤٢ - فتح القدير - ج ٥ ص ٨٥ وما

يليهما - مجمع الانهر - ج ٢ - ص ٥٨ - المهذب - ج ١ - ص ٢٦٣

احكام المعاملات الشرعية - ص ٤٠٠ وما يليها
للاستاذ علي الخفيف .

(٩٩) ح - العلم بالاشارة :

هذا ، ويتم العلم بمحل العقد ، أو تعيينه بالاشارة اليه
أو الي مكانه الخاص به ، اذا كان المحل موجودا في مجلس العقد
ولا تلزم الرؤية عند فريق من الفقهاء منهم الحنفية ، في هذه الحال
كأن يقول البائع بعتك هذه السيارة ، مشيراً اليها ، أو يقول بعتك ما فسي
هذا الصندوق ، أو ما في هذه الغرفة ، أو الكيس ، ويشير اليه ، شريطة
أن يكون ما في كل منها معروفا لدى المشتري قبل العقد على
الاصح .

وذهب بعض الفقهاء الى عدم اشتراط معرفة المشتري المسبقة
والاصح الاول (١) ، ان لا تنتفي الجهالة الفاحشة مع عدم العلم المسبق
بما في المكان الخاص بالمحل ، وبشرط الا يكون قد مضى على علم المشتري
مدة يتغير المحل خلالها عادة (٢) .

(١) - منير القاضي - ح ١ - ص - شرح المجلة

الاقناع - ح ٢ - ص ٦٥ .

(٢) - والفقه الاسلامي يهـصل في هذا قاعدة عامة مؤداها أن

" الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر " .

(٣) - لا يتسع المقام للتفصيل باكثر من ذلك ، لمحدودية صفحات

المقرر حسب النظم المرعية .

الفصل الثالث

الارادة المنفردة

كصدرر للاللتزام في الفقه الاسلامي

يعتبر هذا المصدر فرعا من مبدأ سلطان الارادة في الفقه الاسلامي
غير أنها مقيدة بالمصلحة العامة ، وعدم المساس بحق الغير ، أو الحاق
الضرر به دون وجه حق ، وبالشروط التي اشترطها الفقهاء
في العقد بالمعنى الخاص في الجملة .

هذا والارادة المنفردة (١) ، او التصرف الانفرادي (٢)

اصطلاح غير معروف في الفقه الاسلامي ، بل في الفقه الوضعي ، وإن كان
مدلوله مستقرا في فقهننا ، منذ نشوئه ، ومجاله أوسع ، ويطلق عليه
العقد بالمعنى العام ، أو الايجاب الذي يتم بصدوره من الموجب وحسده
على وجه مشروع ، دون توقف على قبول طرف اخر ، ويترك اثره في محله .

(١) - لم يعرف الفقه الاسلامي هذا الاسم تعبيرا عن الايجاب الذي يتم .

لصدوره عن الموجب على وجه مشروع ، ليترك اثره في محله ، دون
توقفه على قبول طرف آخر ، وإن كان " مدلوله " قد وجد في هذا
الفقه ، واتخذ مجالا واسعا ، ولم يكن وجوده ثمرة لتطور هـــــــ
الفقه ، وإنما استقر فيه منذ نشوئه ، كصدرر للاللتزام ، ويطلق
عليه العقد بالمعنى العام .

(٢) - هذا ويطلق بعض الفقهاء اسم التصرف الانفرادي ، غير اننا نسميه

أن هذا المعنى أعم من مفهوم الارادة المنفردة كصدرر للاللتزام

تعريف الارادة المنفردة كمصدر للالتزام :

يمكن تعريفه : بأنه : ايجاب يتم على وجه مشروع يترك أثره في محله والمكلف في الشرع ، يصبح ملتزما بما يلزم به نفسه ، وبارادته الحرة تجاه الله تعالى ، أو الكافة ، أو جهة عامه ، أو شخص معين ، أو غير معين .

مجال الارادة المنفردة :

لا ينحصر مجالها في الالتزامات المالية ، بل يتعداها إلى غيرها من الالتزامات غير المالية .

أما في الالتزامات المالية ، فمن مثل الكفالة ، والابراء من الدين والجمالة ، والنذر ، وفي اجازة عقود المعاوضات المالية الموقوفة . وأما غير المالية ، فمن مثل الاسقاطات ، كالطلاق المجرد ، واسقاط حقوق الشفعة .

وعلى الجملية ، فان الارادة المنفردة ، اما أن تنشئ التزاما معيناً كالوصية والوقف والكفالة (٢) ، أو تبيح تصرفاً ، كالعقد الموقوف ، أو تسقط

(١) - الايجاب هو القول الصادر أولاً ، والمتضمن الزاماً ذاتياً للموجب نفسه ، ولكنه غير متوقف على قبوله طرف آخر ، فخرج العقد بالمعنى الخاص .

- وعلى وجه مشروع ، باستكمال شروط العقد الصحيح ، صيغة ، ومجلاً واهلية .

(٢) - الكفالة تتم وتلزم بمجرد الصيغة ، بقولك كفلت لك دينك ، قبل فلان ، وان لم يصدر من الدائن قبول عقب الايجاب ، عند المالكية والحنابلة واصل القولين عند الشافعية ، وهو مذهب الزيدية ورأى أبي يوسف - خلافاً لأبي حنيفة ومحمد - التصرف الانفرادي ٥٧ - الشيخ علي الخفيف .

حقا كالشرط ، وكالطلاق المجرد (١) ، كل ذلك يتم ويلزم بمجرد الايجاب وحده .
على أن الارادة المنفردة من شروطها الا تحل حراما ، أو تحرم حلالا ، فإذا قال شخص حرمت على نفسي هذا الطعام ، لم يلزمه تحريم أو قال أوجبت على نفسي لبس الحرير ، لم يلزمه حل ولا التزام .

فالأرادة المنفردة - في الفقه الاسلامي - تنتج آثارا شرعية معينة . هذا ، والأرادة المنفردة تصلح سببا للالتزام بالبات في بعض الاحوال المعينة ، عند الجمهور ، وقد نصت عليها الشريعة ، كالوقف ، والوصية والنذر ، والابراء ، والكفالة ، والجمالة ، وهي مصدر للالتزام بالدين في هذه الاحوال .

وقد تكون مصدرا للالتزام بغير الدين ، في أحوال معينة أيضا من مثل الطلاق المجرد ، واسقاط حق الشفعة ، كما ذكرت - وذهب المالكية الى أنها مصدر عام للالتزام بالدين ، لقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ، اوفسوا بالمعقود " وغير ذلك من النصوص التي توجب الالتزام على الانسان بما يصدر عنه من عهد ،

أما في غير الالتزام بالدين ، فلا تصلح مصدرا عاما ، بل تكون مصدرا للالتزام فيما نص عليه الشارع (٢) .
أركان الالتزام الانفرادي :

هذا الالتزام يتم من جانب واحد هو الملتزم ، ولا يتوقف على قبول من الطرف الاخر ، فأركانه ثلاثة :

(١) - (٢) - الطلاق المجرد هو ما لم يكن على مال (٣) بعد وفاة الموصي

الايجاب (١) - الملتمزم - المحلل .

شروطه :

يشترط في الملتمزم ، أن يكون عاقلا بالغاً مختاراً ، غير محجور عليه ، لسفه ، أو دين ، ان كان الالتزام محله المال ، أو اسقاط مال ، لانه ضرب من التبرع ، فلا بد ان يكون الملتمزم من أهله .
ومن ابرز تطبيقاته الجمالية .

الجمالية :

هي التزام يوجبه شخص على نفسه ، بإرادته المنفردة ، بمال معين معلوم لمن يقوم له بعمل معلوم .

فالجعل اذن ، التزام بمال معين نظير عمل معين ، كان تقسول : من رد علي سيارتي المسروقة ، أو من حفلي بئرا في أرضي فاستنبت منها الماء ، أو من يدل على مجرم ، فله كذا ، مما يتعلق بالمصالح العامة والخاصة .

هذا ، وقد يكون الايجاب موجها الى شخص معين أو غير معين (٢)

أى الى الكافة .

ويلاحظ أن العمل الذى هو محل الالتزام فى الجماله ، قد تلابسه جهالة غير يسيرة ، ان لا يعرف مدى الجهد المبذول فى سبيل تنفيذ

(١) - الايجاب هو الصيغة - الملتمزم هو الموجب - والمحل هو الملتمزم به .

(٢) - المرجع السابق .

الملتزم به ، فهو غير محدد المدة ، وقد لا يكون محدد المكان أيضا
كما في رد الحصان الشارد ، أو المتاع الضائع ، غير أن نشوء هذا الالتزام
لا يتوقف على قبول الطرف الآخر ، إذ قد يكون غير معين .
حكم الجعالة :

الجعالة مشروعة في الفقه الاسلامي ، ودليل ذلك ، قوله تعالى :
" ولئن جاء به حمل بعير ، وأنا به زعيم " وهذه هي الجعالة
وإرادها في القرآن الكريم دون نقض لها ، أو نكير عليها ، يدل على
مشروعيتها .

شروط الجعالة :

١ - أن يكون العمل الملتزم به معيناً ، على الرغم من ملائمة الجعالة غير
اليسيرة ، وهذا يستلزم ألا يحدد الزمن لاتمام تنفيذ (١) العمل الملتزم
به ، والمعمول به ، والمعمول عليه هو حصول الجاعل على المنفعة .
٢ - أن يحدد الجعيل أو العوض تحديداً يفيد العلم به .

٣ - ألا يعطى الملتزم العوض فور التعاقد .

٤ - ألا يكون واجبا على الملتزم ذلك العمل ، فلو كان المتاع المطلوب رده

(١) - يرى المالكية أنه لا يجوز تقدير زمن معين ، إذ قد يستغرق العمل
الملتزم به زمناً أطول ، فيضيع على الملتزم ما قدم من جهد ، قبل
الفراغ من العمل ، إلا أن يكون قد اشترط عليه أن يترك العمل سبيل
متى شاء ، فإنه يجوز ضرب الاجل فيه ، لخفة الضرر .

، الخرشبي - ح ٤ - ص ٥٩ - ٦٦ .

بجعل ، موجودا عنده ، أو كان يعلم مكانه ، وجب عليه رده ، ولا يثبت له حق في الجعل .

على أن الفقهاء اختلفوا في بعض التصرفات ، هل تتم بإرادة منفردة أو هي عقد لا بد فيها .

من الطرف الآخر ، من مثل الكفالة ، والابراء من الدين .

فأما الكفالة ، فيرى المالكية وأبو يوسف أنها التزام من جانب واحد

فكانت من قبيل الالتزام بالإرادة المنفردة ، خلافا للشافعية

وبعض الحنفية حيث يرونها "عقدا" يتوقف انعقاده على قبول

الطرف الآخر .

وأما الابراء من الدين ، فالحنفية يرون أنه التزام انفرادي

يتم بالإيجاب وحده ، خلافا للمالكية الذين يرونه "عقدا" لا بد فيه

من قبول المدين ، إذ الابراء فيه معنى التملك ، وليس لاحد ولاية على

غيره في أن يملكه شيئا دون رضاه ، دفعا للمنة .

المبحث الأول

تولي الشخص الواحد طرفي العقد

العقد ايجاب وقبول ، فلا بد لانعقاده من تعدد التعاقد ، لانه ينشئ حقوقا والتزامات متقابلة ، أو متباينة ، فلا يتصور أن يكون العاقد واحدا .

فعقد البيع مثلا ، ينشئ حقا للمشتري في تسلم المبيع ، والتزاما على البائع ، بتسليمه ، ولا يتصور أن يكون العاقد الواحد مسلما ومتسلما أو دائنا وملتزما في آن واحد ، للتناقض ، وايضا ، الحنفية يرون أن آثار العقد في المعامضات المالية خاصة ، تنصرف الى " العاقد " لا الى الاصيل فلو كان العاقد وكيفا عن الجانبين ، مثلا ، إنصرفت آثار العقد اليه هو لا الى طرفي العقد الاصيلين ، فيقع التناقض على النحو الذي قد منا ، بينما يرى فريق من الفقهاء ، أن آثاره ترجع الى الاصيل ، ولهذا هو منشأ الخلاف كما سنرى ، والشافعي كذلك ، لم يجز أن يتولى شخص واحد طرفي العقد ، الا اذا كان وليا شرعيا في عقد الزواج ، وتولى عقد زواج حفيديه للضرورة ، ان لا يتأتى منهما التوكيل ، خلافا لزوج الذي لم يجز ذلك باطلاق ، وحجته في ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - : " كل نكاح لا يحضره اربعة ، فهو سفاح : خاطب وولي وشاهد اعدل " . وعلى هذا فالشافعية ، ووزر ، لا يجيزون تولي الواحد طرفي العقد ، الا اذا كان جدا وليا عن حفيديه في عقد الزواج ، كما قد منا ، فيجوز الشافعية للضرورة ، وهذا هو البرأى الاول .

وذهب الحنابلة والمالكية الى جواز أن يتولى الواحد طرفي العقد في كافة العقود - المالكية منها وغير المالية - اذا كان ذا صفة شرعية

من ولاية أو وكالة . وحجتهم في ذلك ، أن العبارة ما دامت صادرة عن شخص ذي صفتين شرعيتين ، فإنها بمنزلة عبارتين من طرفي العقد كأن يكون وكيلا عنهما ، أو أصيلا عن نفسه ، ووكيلا أو وليا عن غيره .
وايضا ، آثار العقد تتعلق بالأصيل لا بالوكيل ، العاقد ، فينتفي التناقض ، إذ ترجع آثاره إلى طرفيه الأصيلين .

- وعلى هذا ، فإن كان العاقد أصيلا من طرف ، ووكيلا أو وليا عن غيره من طرف آخر ، كانت عبارته قائمة مقام الإيجاب ، باعتباره أصيلا ومقام القبول ، باعتباره وكيلا أو وليا ، وهذا لا تناقض فيه .

واحتمالات تولي الواحد طرفي العقد تنحصر فيما يلي :

١- أن يكون أصيلا من جانب ، ووليا من جانب آخر ، كأن يبيع الأب مال ابنه من نفسه .

٢- أن يكون وليا من جانب ، ووكيلا من جانب آخر ، كأن يوكله شخص أن يزوجه من ابنته الصغيرة .

٣- أن يكون وكيلا من الجانبين ، كأن يوكله في أن يزوجه ، وتوكله امرأة أيضا أن يزوجهها .

٤- أن يكون أصيلا يعقد لنفسه ، ووكيلا عن الطرف الآخر ، كما إذا وكلته امرأة أن يزوجهها من نفسه .

٥- أن يكون وليا من الجانبين ، بأن يكون جدا وليا شرعيا على حفيديه من أولاده ، فيزوج ابن ابنه ، من ابنة ابنه الآخر (يزوجه ابنة عمه) .

فالصفة الشرعية التي يصح بها تولي الواحد طرفي العقد ، إما أن تكون ولاية ، أو وكالة ، فضلا عن الأصالة ، وهذا هو الرأي الثاني . ومن هنا لا تصح " الفضالة " أساسا لصحة تولي الشخص الواحد

طرفي العقد ، فلا ينعقد سواء أكانت الفضالة من جانب ، أو من جانبين
لانتفاء الصفة الشرعية ، وكذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وينعقد
موقوفاً عند أبي يوسف - أما جمهور الحنفية ، فيما عدا زفر
فذهبوا إلى عدم صحة تولي الواحد طرفي العقد ، بصيغة
واحدة ، في عقود المعاوضات المالية خاصة ، بناء على أصل
عندهم ، مقتضاه أن آثار العقد - حقوقه والتزاماته - ترجع إلى
العاقدين ، لا إلى الأصيل ، فيقع التناقض ، بخلاف عقد السـزواج
فيصح ، لأن آثاره ترجع إلى الأصيل في كل طرف ، واليكام محرراً
سفير ومعبّر عن إرادة الأصيل ، خلافاً لزفر ، للحديث الذي

روينا ، وهذا هو الرأي الثالث .

.. هذا واستثنى الحنفية ما تقضي الضرورة حوازه ، استحساناً ، ومن
ذلك ، بيع الأب أو الوصي ، أو الولد ، مال النبي الذي في بيته
من نفسه ، أو شراء منه ، وبيع الأب مال أحد ولديه الحرة ، للأحس
للضرورة ، إذ لا تتأتى منهما الوكالة ، والأضاعت مصالحهما ،
مؤفر الشفقة بالنسبة لولده ، فتنقضي مظنة الأضرار بهم ، كما اجسازوا
للقاضي أن يبيع مال قاصر لقاصر آخر ، لا ولي لهما ، أو أن يبيع
مال وقف لوقف آخر ، إذا لم يكن لهما متول عليهما ، لأن للقاضي
الولاية العامة .

- أما عقد الزواج ، فقد أجازوا أيضاً أن يبرأ من العقد الزوجان

طرفي العقد ، بما قدما ، من أن يبرأ من العقد الزوجان بصيغة الأصيل -

وان العاقد مجرد سفير ومعبّر عن إرادة الأصيل .

والراجع هو هذا الرأي الأخير (١) .

(١) - حكم الشروط المقترنة بالعقد قد فصلت أحكامها في الفقه

المقارن ، لذا تفاديا للتكرار العمل والمفصل ، لم نورد

في هذا المقام .

المبحث الثاني

الارادة الظاهرة والارادة الباطنة

قدمنا ، أن أساس التعاقد هو الارادة ، أو الرضا ، لكننا
أمر نفسي ، فاقيم مقامه أمور محسوسة مدركة ظاهرة منضبطة هي مظنة
وجوده ، كالقول ، والكتابة والاشارة والمبادلة الفعلية كما قد منا وهي
ما نطلق عليه الصيغة فكان ثمة ارادتان - كما يقال - ارادة باطنية
واخرى ظاهرة .

فالارادة الباطنة (١) هي قصد العقد ، والرغبة في انشاءه ، مع
الرضا بما يترتب عليه من آثار .

أما الظاهرة ، فهي الايجاب والقبول ، أو ما يقوم مقامهما ، مما
يدل على الباطنة ، فكانت الظاهرة قرينة نشوء العقد على وجود الباطنة ، وهي
سبب نشوء العقد ، لكنها تقبل اثبات العكس اذا قام دليل قاطع أو قوى
يثبت أنها لم تعد مظنة أو دليلا على وجود الباطنة .

وتترتب على هذا أن الاصل ، أن الارادة الظاهرة تدل على وجود
الباطنة ، وأنهما متفقتان ، ومتطابقتان ، فينعقد العقد بالظاهرة
ما لم يدل دليل على خلاف ذلك على ما سيأتي تفصيله ، فلا بد من قيام
الارادتين ، وتطابقهما ، لينشأ العقد .

وتأسيسا على هذا لا ينعقد العقد بالارادة الباطنة (النية)
وحدها ، ولا ينشأ بها التزام ، ما لم تخرج هذه الارادة من حيز
الخفاء الى حيز الظهور ، فمن نوى البيع مثلا ، لا ينعقد بيعه
بمجرد النية ، ومن نوى الطلاق دون أن يظهر هذه النية لا يقس

(١) - الفقهاء يعبرون عن الارادة الباطنة بالقصد أو النية ، وعن
الظاهرة بالصيغة المنشئة .

طلاقه .

وأيا ، لا عبارة بالظاهرة وحدها ، اذا قام الدليل على انتفاء الباطنة قطعا ، بأن صدرت الصيغة أو الارادة الظاهرة من مجنون أو صبي غير مميز ، أو من مكره أو نائم ، أو سكران ، عند بعض الفقهاء ، ان لا يترتب عليها أثر ، لان الارادة الباطنة ، أساسها التمييز ، وهو منتف فسي هذه الحالات ، فانتفت بذلك الباطنة التي هي الاصل في انشاء العقد ولم تعد الظاهرة وحدها تصلح تعبيرا عن شيء ، فكانت لغوا ، والدليل على انتفاء الباطنة ، هو الجنون أو السكر أو النوم وعدم التمييز .

أما اذا لم تتفقا أو لم تتطابقا ففي هذه الحال تفصيل نوره فيما يلي :

عدم تطابق الارادتين :

ينجم عدم التطابق عن اسباب منها أن يكون التلفظ بالعبارة بقصد الهزل ، أو التعليم والحفظ ، أو التمثيل ، والحكاية ، أو تحت ضغط الاكراه ، عن بعض الفقهاء .

وقد اختلف الفقهاء في حالات اختلاف الارادتين من حيث تقديس احدى الارادتين على الاخرى ، فمن الظاهرة ، قال بانعقاد وترتب اثاره ومن رجح الباطنة أبطله ، وليس ثمة من قاعدة عامة التزمها الفقهاء في هذا الترجيح ، بل يختلف في كل حالة على حدة .

الحالة الاولى :

أن تصدر العبارة من يقصد النطق بها ، ويدرك معناها ويستعملها فيه ، ولكنه لا يقصد انشاء العقد ، ولا ترتب آثاره عليه ، بل يريد

غرض آخر هو التعليم ، أو الحكاية أو الحفظ أو التمثيل ، فهذه تعتبر لغوا ، لا أثر لها ، إذ القرينة دلت على انتفاء الإرادة الباطنة لانشاء العقد .

الحالة الثانية :

أن يقصد العبارة التي ينطق بها ، وهو مدرك لمعناها ، ولكنسه لا يرغب في انشاء العقد ، وترتب آثاره ، وإنما يريد غرضاً آخر ، هو الهزل واللعب ، أو التظاهر بأنه يريد انشاء العقد ، كالمكره دفعتاً للضرر والأذى عن نفسه .

١- تصرفات الهازل :

هذا وقد اتفق جمهور الفقهاء في حالة الهزل ، على صحة التصرف في الامور التي يستوى فيها الجد والهزل ، لدليل من الشارع ، وذلك كالزواج ، والطلاق ، والرجعة ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " ثلاث جد هن جد ، وهزلهن جد ، الزواج والطلاق ، والرجعة . " وأيضاً هذه التصرفات يتعلق بها حق الله ، وهذا ليس موضعاً للهزل ، فيؤخذ بما نطق ، وتلزمه آثاره ، لقوله تعالى :

" ولا تتخذوا آيات الله هزواً " ولا تسمع دعواه بان كان هازلاً .

أما في غير ذلك من التصرفات ، فقد اختلف فيها الفقهاء على

قولين :

أولهما : الاخذ بالظاهرة ، والحكم بصحة التصرف وترتب آثاره عليه

الا اذا تضمنت الصيغة نفسها ما ينقض دلالتها على الباطنة

وهذا اتجاه موضوعي - كما ترى - يقصر النظر على العبارة نفسها

لأنها هي المعول عليها في نشوء التصرف دون اعتداء بالإرادة

الخفية ، أو استقصائها والتحري عنها ، ولا عبرة بالدعاء بالهزل

لما في ذلك من فتح لباب يفضي الى عدم استقرار التعامل بين الناس
وهدم الثقة فيما بينهم .

ونذهب جمهور الفقهاء الى أن تصرفات الهازل لغو ، اذا دلت
القرائن على انتفاء الرضا الذي هو أساس التعاقد ، باستثناء الزواج
والطلاق والرجعة ، لتعلق حق الله تعالى بها ، كما ذكرنا ، ولا يقاس
عليها غيرها ، فلا بد من تحقق الرضا (١) .

والراجع ما ذهب اليه الجمهور .

هذا ، والشارع يشير الى هذا ، لان مساواته بين الجد والهزل في
الامور الثلاثة المذكورة ، دليل على أن الاصل هو التفرقة بين
صدور العبارة جدا ، وبين صدورهما هزلا ، أو عبثا ، فالاولى تنشىء
العقد ، لتوفر الرضا ، دون الثانية ، والا ما كان للتسوية بين الجسد
والهزل في التصرفات الثلاثة المستثناة أى وجه معقول هذا ، والاعتداد
بعبارة الهازل وتصحيح تصرفاته يوءى الى أكل اموال الناس بالباطل
ان لا تقوم على أساس التراضي ، وهذا محرم بالنص فما يوءى اليه باطل .
٢ - تصرفات المكروه :

أما الاكراه على عقد بغير حق ، فيبطله عند الجمهور مطلقا ، لان الاكراه

(١) - البحر الرائق - ج ٥ - ص ٢٦٠ - ص ٢٦١

ونذهب بعض الحنفية الى أن عقد الهازل فاسد لا باطل ، لان
اختياره قائم ، بقصده الى التلفظ بالصيغة ، ولكن تخلف الرضا
وهو شرط صحة ، فكان فاسدا - مجمع الانهر - ج ٢ - ص ٦٥ .

يعدم الاختيار والرضا في اجتهادهم ، فالارادة الظاهرة نفسها ، أو الصيغة معدومة مع الاكراه شرعا ، وان وجدت حسا ، وكيف ينشأ عقد بغير سبب قائم حقيقي ظاهر معتبر ؟؟؟ خلافا للمهازل ، ان تلفظه بعبارة العقد يحض اختياره ، وهذا هو رأى الشافعية والمالكية والحنابلة .

وحجتهم في ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه " والرفع مقصود به رفع الحكم فالمكروه لا يؤخذ بما صدر منه من قول ، ولا يترتب عليه حكم ، في هذه الحال ، لصريح النص ، وأيضا ، لا رضا مع الاكراه ، والرضا أساس الانعقاد وانما نطق المكروه بالصيغة ، دفعا للضرر والاذى ، لا رضا بالعقد وآثاره فافتقد التصرف بذلك أساس انعقاده . وذهب الحنفية ، الى أن عبارة المكروه صحيحة ، ينعقد بها العقد ، ولكنه فاسد عند بعضهم ، موقوف على زوال الاكراه عند الآخر ، واستثنوا من ذلك العقود الخمسة ، فانها تقع صحيحة ، لا فاسدة ولا موقوفة ، لانها وقعت صحيحة مع الهزل ، فكذلك مع الاكراه قياسا ، ان الشارع استثنائها ، كما علمت .

وحجتهم في ذلك ، أن الاكراه لا يعدم الاختيار ، وانما يعدم الرضا والاختيار كافي في الانعقاد ، والرضا شرط صحة ، وتخلفه بوجوب الفساد البطلان ، فيجب التفرقة اذن في الحكم على التصرفات بين الاختيار والرضا المكروه مختار للصيغة ، دفعا للاذى ، واختيارا لاهون الشرين ، ولكنسه غير راضى بأى من الشرين ، ولا بآثار الصيغة .

وبالاختيار ينعقد العقد ، ولكنه فاسد لتخلف شرط الصحة وهو الرضا (١) ،

(١) - أما زفر ، فيرى أن الرضا شرط نفاذ ، لا شرط صحة ، فينعقد العقد عنده صحيحا موقوفا .

أما الجمهور فلا يفرقون بين الاختيار والرضا ، فهما مترادفان
فانتفاء أى منهما يستلزم انتفاء الآخر ، وفي سألنا انتفى الرضا
فاستلزم انتفاء الاختيار ، فيقع العقد باطلا .

ومذهب الجمهور هو الراجح ، إذ لا رضا مع الإكراه ، فلا يقع معه
طلاق ، ولا ينعقد معه عقد زواج ، ولا طلاق ، ولا يقاس الإكراه على
الهزل ، لتباين حقيقة كل منهما .

منشأ الخلاف :

يرجع الخلاف الى أن الإرادة الباطنة ، هل تتحقق بالاختيار والرضا
أو تتحقق بالاختيار دون الرضا ، ويكون الرضا شرط صحة لا أساس
انعقاد : فالجمهور يرى ، أن الاختيار والرضا مترادفان ، إذ حقيقتهما
واحدة ، فكانا متلازمين .

هذا ، ويعرفون الاختيار بأنه الإقصاء الى التلفظ بالعبارة المنشئة
للعقد التي تفصح عن الرغبة في آثاره ، وهذا هو الرضا بعينه
بخلاف الحنفية الذين يرون أن الاختيار والرضا ، حقيقتان متباينتان
ولا تلازم بينهما ، فقد يوجد أحدهما دون الآخر ، ويترتب عليه
آثره .

فالاختيار هو الإقصاء الى النطق بالعبارة . أو الصيغة المشتملة
للعقد ، سواء أصحبت ذلك رغبة في تحقيق آثاره أم لا ، أما الرضا ، فهو
الرغبة في تحقيق الآثار ، والالتزام بها . وفرق بين الإقصاء الى
الصيغة ، والتلفظ بها ، وبين الرغبة في آثارها .

وتأسيسا على هذا ، فالمكره متار للصفة ، غير راض بالاشتر
فينعقد العقد فاسدا عند الحنفية ، لتخلف الرضا ، وهو شرط صحة

ويقع باطلا عند الجمهور ، لان تخلف الرضا يستلزم تخلف الاختيار
اذ هما حقيقة واحدة ، كما قدمنا .

الحالة الثالثة :

عبارة السكران :

السكران فاقد الوعي ، زائل العقل ابان سكره ، من خمر أو غسيرة
يتناولها باختياره مع العلم بحرمته .

فاختلف الفقهاء في حكم عبارته .

فالجمهور على انه مؤاخذ بعبارته ، عقوبة له ، اذ لا ينبغي أن يكون
السكر سببا في اعفائه من التزاماته ، ولان المحرم لا يكون طريقا الى النعمة

وذهب الحنابلة الى أن عبارة السكران لا يعتد بها ، ولا ترتب
التزاما ، لفقدانه الوعي والتمييز ، فزوال عقله الحق بالمجنون
ففقده الارادة ، وأشبه المكره من هذه الناحية ، اذ كلاهما مسلوب
الارادة ، وان كان السكران يزيد على المكره ، بانه مسلوب العقل
أيضا .

وبعض الفقهاء يفرق بين السكر بخلال أو بمحرم ، فيؤاخذ به فسي
الاول دون الثاني .

ونحن نرى ، أن عبارة السكران لاغية ، لا يترتب عليها أثر
لانه مسلوب العقل والارادة ، وهما أساس التكليف ، وصحة التصرف .
وأما عقوبته على جريمته ، فقد تقررت بالحد ، ولا يزداد على ذلك
الا بنص .

(١٢٤) الحالة الرابعة :

ان تصدر العبارة عن المخطئ والناسي ، فالجمهور على أن لا اعتداد بها ، ولا يترتب عليها أثر .
على أن المخطئ والناسي قد نطقا بالعبارة دون قصد لها فلا ارادة ولا رضا ، كما ترى .

وحجتهم في ذلك أيضا ، قوله تعالى : " وليس عليكم جناح فيما اخطأتم ، ولكن ما تعمدت قلوبكم " وقوله صلى الله عليه وسلم : " رفع عن امتي الخطأ والنسيان ، وما استكروها عليه " فان قام الدليل على الخطأ والنسيان ، كانت العبارة لغوا ، ولا يترتب عليها التزامات لا قضاء ولا ديانة ، بخلاف ما اذا لم يثبتا ، فان كان صادقا في دعواه كان غير ملزم ديانة ، وتبقى مؤاخذته أمام القضاء .

خلافاً للحنفية ، حيث قالوا بصحة عبارة المخطئ والناسي ، عملاً ببدأ استقرار التعامل ، وسدا لذريعة ادعاء الخطأ والنسيان (١) ، ورأى الجمهور أرجح ، لانتفاء القصد والرضا بداهة .

وأما استقرار التعامل ، فتحقق ، لانا لا نحكم بالغاء عبارة المخطئ (١٢٥) والناسي ، بمجرد الادعاء ، بل بعد اقامة الادلة على ثبوت ذلك .
الحالة الخامسة :

ان يقصد العاقد بالعبارة انشاء العقد ، ويوجب في ترتب آثاره ،

(١) - رد المختار - ج ٢ - ص ٢٣٦ - مجمع الانهر - ج ١ - ص ٣٨٤

الاشباه والنظائر - ص ٢٤ - ابن نجيم - شرح الخرشي وحاشيته

ج ٣ - ص ١٧٣ .

ولكنه - مع ذلك - يقصد الى اتخاذ هذا التصرف المشروع في ظاهره ذريعة الى تحقيق غرض آخر ، يناقض قصد الشارع من أصل تشريعهم باحلال محرم ، أو هدم واجب ، أو الاعانة على تحقيق غرض غير مشروع وهو ضرب من التعاون على الأثم والعدوان ، وهذا ما تناولناه تفصيلا في نظرية الباعث .

الفصل الرابع

آثار العقود

آثار العقد نوعية ، بمعنى أنها تختلف باختلاف طبيعة كل عقد ، فإذا كان عقد البيع ينتج آثارا معينة خاصة به قد شرع من أجلها ، كانتقال ملكية المبيع الى المشتري ، و ملكية الثمن الى البائع ، وثبوت حقه فئسي المطالبة به اذا كان حالا ، والتزام البائع بتسليم العين المباعة ، وما الى ذلك ، فان عقد الرهن يوجب آثارا مختلفة بالنظر لطبيعة هذا العقد الاستثنائي ، فيثبت للمرتهن استحقاق قبض المرهون ، وحق احتياسيه لاستيفاء دينه من مالته ، عند انتهاء الاجل ، وعدم وفاء المدين وكذلك عقد الاجارة ، آثاره ، انتقال ملك المنفعة الى المستأجر بعوض ، واستحقاقه لقبض العين المؤجرة ، ليتمكن من استيفاء منافعها والتزامه بدفع الاجرة .

هذا وقد يكون أثر العقد التزاما بالقيام بعمل ، كالاجير أو الوكيل مما يوجب على رب العمل أو الموكل التزاما بدفع الاجر .

وعقد الزواج يوجب من الآثار حل المتعة الزوجية ، والتزام الزوج بالمهر والنفقة والسكن والعلاج الطبي ، والتزام الزوجة برعاية حق الزوج ، وطاعته ورعاية أولادها منه ، والقيام بشؤون الاسرة .

(١٢٧) وهكذا ترى ، أن آثار العقود متنوعة ، تبعا لتنوع طبيعة كل عقد ، والغرض الاقتصادي أو الاجتماعي الذي شرع من أجله .

على أن هذه العقود أسباب جعلية ، بمعنى أن الشارع هو الذي جعلها اسبابا ليرتب آثارها عليها ، فالشارع هو الذي منحها قوة انتزاع

آثارها بعد اتخاذ العاقدين السبب ، وهو ابرام التصرف أو العقد على الوجه المشروع .

فآثار العقد من ترتيب الشارع ، لا من عمل المتعاقدين واران تهمسنا وهذا يقتضينا تقسيم العقود ، لتبين آثار كل قسم منها .

المبحث الاول

تقسيم العقد من حيث ترتب آثاره عليه وعدمه ، السى

صحيح وغير صحيح

يقصد بالمعنى في هذا المقام ، معناه انعام الشامل للعقد الثائسي الطرف ، كالأجارة ، والعقد بارادة منفردة ، كالوقف ، والجمالة والوصيئة .

هذا ، ولا خلاف بين الفقهاء في تحديد مفهوم العقد الصحيح (١) فهو ما كان مشروعا باصله ووصفه ، كما يقول الحنفية .

ومعنى أصله ، ركنه ، وشرائط ركنه أو انعقاده ، وأما وصفه ، فهسمو شروط صحته .

١٢٨ (٥) ومقومات أصل العقد هي الصيغة ، وما يفوم مقامها ، وشروط هذه الصيغة ، كما علمت - من التطابق ، ووحدة مجلس العقد وبقاء الايجاب قائما حتى يتصل به القبول ، فهذه شروط انعقاد أو تكوين .

وأیضا ، العاقدان ، اذا كان العقد ثنائي الطرف ، أو العاقد اذا كان تصرفا انفراديا ، ان لا يتصور قيام عقد دون عاقد ، وكذلك شروط

(١) - البدائع - ج ٥ - ص ٣٠٥ - الاشباه والنظائر - ص ١٠٨ ابن نجيم .

العاقِد ، من التمييز ، وهذه هي الاهلية ، وان يكون ذَا ولاية على ابرام العقد ، أصالة أو نيابة ، وهذه من شروط الانعقاد أيضا عند الجمهور . وكذلك محل العقد ، ان لا عقد بلا محل يترك فيه اثره ، وشروط المحل ، من أن يكون محقق الوجود ، عند الجمهور ، وأن يكون مالا متقوما مملوكا ، معلوما ، مقدور التسليم ، كل ذلك عند ابرام العقد .

وأصل العقد هذا ، ومقوماته ، ركننا وشروط انعقاد ، اذا اختل واحد منها وقع باطلا بالاتفاق ، لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح ويعتبر معدوما شرعا ، وان وجد صورة ، لان الخلل في ماهية العقد حتى اذا توافر أصله ، فقد وجدت حقيقته وماهيته عند جمهور الفقهاء .

وأما وصف العقد ، فهي الامور العارضة الخارجة عن ماهيته وأصله كشرط صحته ، وخلوه من الربا ، والغرر ، وغيرهما ما نهى الشارع عنه كاقترانه بشرط فاسد .

فالشهود مثلا من شروط صحة عقد النكاح ، وجهالة الثمن في البيع أو جهالة الاجل ، وصفان عارضان نهى الشارع عنهما .

فالوصف أمر عارض خارج عن الماهية .

وعلى هذا ، فالعقد الصحيح : هو ما توافرت فيه مقوماته الستة تتحقق بها ما هيته وأصله ، وتوافرت أوصافه كذلك ، وهذا بالاجماع (٢) .

(١) - قد علمت أن الصيغة هي ركن العقد عند الحنفية .

(٢) - البدائع - ح ٥ - ص ٣٥ - فتح القدير - ح ٥ - ص ١٨٧

الشرح الكبير - ح ٣ - ص ٧٠ - رد المحتار .

وإذا نشأ العقد صحيحاً مستكملاً أركانه وشرائط صحته ، أنتج كافلة
آثاره التي رتبها الشارع عليه ، فور انعقاده ، فالضحة هي ، استتباع الغاية
والآثر .

أما العقد غير الصحيح : فقد وقع الاختلاف في تحديد مفهومه .

فبينما يرى الجمهور ، أنه العقد الذي تطرق إليه خلل في أصله
أو وصفه ، ترى الحنفية يفرقون بين ما إذا كان الخلل في الأصل أو الوصف
فإن كان الخلل في الأصل ، فهذا هو الباطل ، وإن كان في الوصف
فهو الفاسد .

وعلى هذا ، فالقسمة عند الجمهور ثنائية ، فالعقد إما صحيح أو غير
صحيح ، ولا واسطة ، أو إن شئت قلت : صحيح أو باطل ، ويطلقون
على الباطل ، الفاسد ، إن لا فرق بينهما عندهم .

وأما الحنفية ، فيرون أن غير الصحيح قسمان : فاسد وباطل .
فالفاسد عندهم هو ما اختل وصفه لا أصله ، فكان مشروعاً في أصله
دون وصفه .

وذلك كالبيع المشتمل على الربا ، أو الغرر ، أو العقترن بشرط فاسد .
وأما الباطل ، فهو ما اختل أصله ، من ركنه أو شروط انعقاده ، وعلى هذا
فالقسمة عند الحنفية ثلاثية : صحيح ، وفاسد ، وباطل .

والخلاصة أن الصحيح ، ما كان مشروعاً أصلاً ووصفاً ، وهذا بالإجماع .
- والباطل ، ما اختل أصلاً ووصفاً بالاجماع ، والفاسد ، ما اختل وصفاً
لا أصلاً ، عند الحنفية ، وهو باطل عند الجمهور ، لما علمت أنهم لا يفرقون
بين موقع الخلل ، فسواء كان في الأصل أم في الوصف ، فالعقد باطل .
وعلى هذا تحرر محل النزاع بين الجمهور والحنفية في العقد الفاسد

فبينما يراه الحنفية قسما متميزا بين الصحيح والباطل ، يراه الجمهور داخل
في مفهوم الباطل ، فالباطل والفاسد عندهم مترادفان .

هذا اذا كان الخلل في وصف ملازم كالربا والغرر .

أما اذا كان الوصف صاحيا للعقد ، أو مجاورا ، بحيث يمكن
الانفكاك عنه ، كالبيع وقت النداء ، فان ظرف الزمان هذا هو موقع النهي ،
حتى لا يحول البيع في هذا الوقت دون السعي الى صلاة الجمعة
وهو وصف مجاوز ، إذ من الممكن أن يتم العقد قبل وقت النداء ، أو بعد
الصلاة ، فان النهي عن هذا الوصف هنا يفيد الكراهة لا الفساد ولا
البطلان عند الجمهور ، بما فيهم الحنفية ، والعقد صحيح ، ولم يخالف
في ذلك الا الامام احمد في روايه ، والامام مالك في رأيه عند ، والظاهرية
، حيث قالوا - بفساده - أو بطلانه .

وأما من حيث الآثار بالنسبة لما يسميه الحنفية بالعقد الفاسد
فالجمهور على أنه لا أثر له ، لانه هو والباطل ، سببان ، وهو معدوم
شرعا ، أي غير منعقد اصلا .

وأما الحنفية ، فيذهبون الى أن العقد الفاسد ، منعقد ، لقيام
أصله ، لكنه لا أثر له قبل تنفيذه ، بتقاضي العوضين ، فاشبه الباطل من
حيث الاثر في هذه الحال .

وأما بعد تنفيذه ، فيورثه قوة في انتاج بعض آثار العقد الصحيح
للضرورة .

والعقد الفاسد على كل حال ، قبل التنفيذ وبعبءه ، يستحق الفسخ
حقا للشرع ، وزعما للمعصية ، الا اذا تعلق به حق الغير ، كما يأتي
بيانه .

منها الخلاف بين الحنفية والجمهور :

ان منشأ الخلاف بين الحنفية وبين الجمهور ، هو أثر النهي فسي التصرفات الشرعية ، فيما عدا العبادات (١) .

فالجمهور على أن أثر النهي ، سواء أكان لخلل في الاصل أو الوصف هو البطلان ، لان التصرف وحدة كاملة ، لا تتجزأ ، فاذا كان الخلل فسي الاصل فواضح ، وكذلك اذا كان في الوصف ، لان فساد الوصف يتسرب الى الاصل فيبطل التصرف جملة كما قلنا ، من أن التصرف المشروع ، وحدة كاملة ، أصلاً ووصفاً ، فالتلازم قائم بينهما ، وايضاً ، انعقد الاجماع على هذا ، بدليل احتجاج الصحابة والسلف ، بالنهي الوارد في النصوص على البطلان ، ولم يفرقوا في ذلك بين ما اذا انصب النهي على الاصل أو الوصف ، فالخلل الذي استوجب النهي والحرمة ، سواء أكان في الاصل أو الوصف ، يوجب البطلان ، للتلازم .

هذا ويحتج الجمهور أيضاً بأن الحرمة لا تجتمع مع المشروعية فسي التصرف الواحد ، للتنافي ، فلا يقال ان الفاسد مشروع في أصله ، وغير مشروع في وصفه ، لان في هذا اجتماع التنافيين .

وحجة الحنفية ، أن التصرف المشروع اذا سلم أصله ، فان فساد الوصف العارض لا يقوى على ابطاله ، فلا يقوى فساد الوصف على مشروعية

(١) - لان العبادات يستوي فاسدها وباطلها اجماعاً ، لانها شرعت قربة الى الله تعالى ، ولا يتقرب اليه تعالى بالمنهي عنه ، لانه معصية ، سواء أكان موقع النهي ، الاصل أو الوصف ، بخلاف المعاملات .

الاصل ، لقوة هذا الاخير ، وصحة الاصل تستلزم المشروعية ، بمعنى ترتب الاثر .

وعلى هذا فلا يقال ان المشروعية لا تتجاسم الحرمة ، للتناهي ، لان هذا يتجه علينا أن لو قصدنا بالمشروعية " الحل " ولكننا نقصد بالمشروعية " ترتب الاثر " الذى يستوجبه قيام الاصل ، وهذا الاثر حكم ديني—وى وهو بترتيب الشارع نفسه ، لقيام أصله سالما عن المفسدة ، ونحن مع ذلك نراعي موقع الحرمة فى الوصف ، فنقول ان التصرف الفاسد ، لا يجوز الانتفاع بأى أثر من آثاره بالنسبة لعاقده ، ولهذا قلنا أنه - على الرغم من انعقاده وترتب بعض آثار العقد الصحيح عليه - يستوجب الفسخ حقا للشرع ، لمكان الحرمة والمعصية فيه ، رفعا لها .

وعلى هذا ، فقد راعينا قيام الاصل سالما ، وهذا يستوجب أصل المشروعية ، بفعل الشارع ، ولكنها مشروعية ناقصة لفساد الوصف فتترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح ، لنقصان المشروعية ، وراعينا أيضا مكان الحرمة فى الوصف ، لخلل فيه استوجب النهى ، فقلنا انه يستوجب الفسخ حقا للشرع على كلا طرفيه ، بل وعلى القاضى اذا علم به ، وعدم حل انتفاع عاقده بما ترتب عليه من أثر ، بل يجب التخلص منه ، بفسخه أو بتصرف المشتري تصرفا مشروعا الى الغير حسب النية ، لان انتقال الملك الى الغير بسبب جديد ، يظهر محل التصرف الاول من شوائب الفساد .

حكم العقد الباطل :

العقد الباطل معدوم شرعا ، والمعدوم لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح ، وإن كان موجودا صورة .

على أن العقد الباطل معصية ، والمعصية لا تكون سببا في النعمة
لان نعم الله تعالى - وهي آثار العقد الصحيح ، لا تنال بالمحظور .

هذا ، وكل تصرف يبنى على العقد الباطل ، يكون باطلا
سواء أكان سبب البطلان راجعا الى الصيغة أم العاقدين ، أم
المحل .

فلو باع المشتري المبيع باطلا ، من آخر ، وهم باطلا ، لان
المشتري الاول لا يملك المبيع بالعقد الباطل ، ولما لك المبيع أن يتبعه
في أي يد وقع .

هذا ، والعقد الباطل ، لا تلحقه الاجازة ، لان الباطل معدوم
بحكم الشارع ، والاجازة تصرف ارادى لا يملك أن يوجد ما أعد به الشرع .
والبطلان مطلق ، لا يقتصر على عاقديه ، بل لكل ذي مصلحة
أن يتسك بهذا البطلان ، جلبا للنفعة أو دفعا للضرر ، ولورثته
البائع التسك بالبطلان ، لان لهم مصلحة في ابقاء المبيع باطلا في التركة .
الضمان كآثر للعقد الباطل :

قلنا أن العقد الباطل معدوم لا يترتب عليه أثر من آثار العقد
الصحيح .

غير أن بعض الحنفية رأوا أن العقد الباطل - كواقعة مادية
ينقل الضمان من البائع الى المشتري بعد القبض ، لان يده يمس
ضمان ، فاذا هلك المبيع باطلا في يد المشتري كان عليه مثله
أوقيته ، لان المشتري قد قبض المبيع باطلا لمصلحة نفسه ، فلا يكون
ادنى حالا من القبض على سوم الشراء (١) .

(١) - رد المحتار - ج ٤ - ص ١٦٣ - ابن عابد يسن .

ونذهب آخرون من احنفية ، الى أنه لا ينتقل الضمان ، لأن يده أمانة
فلا يضمن الا بالتعدي (١) ، لانه قبضه باذن مالكه ، وقد بطل العقد
فكان كالأمانة .

والمالكية يرون أنه ينتقل الضمان ، ولكنه لا ينتقل الملك ، الا بالفحوات
بمعنى ان البيع باطلا اذافات عند المشتري ، بأن هلك ، فانه يملكه فسوي
حال الفوات هذه ، دون غيرها .

وهو ملك ضروري قدر اقتضاء أو افتراضا لتعذر اعادة الحال التي
ما كانت عليه ، ولتصحيح تضمين المشتري بالمثل أو القيمة ، حتى
لا يجتمع البدلان في يد البائع لو ابقى البيع على ملكه .

حكم العقد الفاسد (آثاره) :

لا بد من التمييز بين حالتين :

أ - حكم العقد الفاسد قبل القبض .

ب - حكمه بعد القبض .

. أما حكم العقد الفاسد قبل القبض ، فهو حكم العقد الباطل ، من انه لا يترتب عليه أى أثر من آثار العقد الصحيح ، لضعف تأثيره . و اذا كان الفارق المميز بينهما ، أن الأول منعقد ، لقيام أصله والثاني معدوم ، فيجب فسخ الاول ، اعداما له ، ورفعا للمعصية اثرا للنهي الذى استوجبه سبب الفساد فيه ، من غرر ، أو جهالة أوربا ، أو تخلف شرط الصحة ، أو اقتران شرط فاسد به .

هذا ووجوب الفسخ ثابت ، حقا لله تعالى ، لا يجوز النزول عنه ان لا يجوز التهاون فى امره ، فهو اذن ليس حقا شخصا تعود المصلحة فيه الى صاحبه ، حتى يتصرف فيه وفق رغبته ، فى ضوء صالحه الخاص بل وجوب الفسخ حق عام ، فكان نظاما شرعيا عاما ثابتا ، يتعلق به العدل والمصلحة العامة ، فى التعامل .

وكذا لا تلحقه الاجازة ، كالباطل ، لكونهما منهيما عنهما ، ولان ارادة المشرع تتجه الى اعداءه ، رفعا للمعصية ، بدليل النهي ، والاجازة تصرف ارادى من العاقد ، يتجه الى ايجاده ، أو اقراره ، فتضادا ، ومضادة الشارع باطله ، فما يوهى اليها وهو الاجازة باطل لا محالة .

هذا ، ولا يتوقف فسخ أحد العاقدين للعقد الفاسد على رضا الآخر ولا على حكم القاضي ، بل يستقل كل منهما بفسخه دون رضا الآخر ، وكذلك على القاضي فسخه اذا علم به ، لكونه حقا عاما (١) .

١٣٨) ينقلب العقد الفاسد صحيحا بزوال سبب الفساد العارض ، ما عدا عقد الزواج .

تمكن سبب الفساد فى العقد الفاسد - كما بينا - فى وصفه ، لا فى

أصله ، ولذا كان منعقدا قائما ، لقيام أصله ، سالما عن المفسدة ، حتى اذا زال سبب الفساد المتعلق بوصفه ، وهو أمر خارج عن ماهية العقد وسلم عن المفسدة ، صح العقد ، أصلا ووصفا ، فانتج كافة الآثار التي ينتجها العقد الصحيح منذ انشائه .

وليس كذلك العقد الباطل ، لان الخلل في أصله ، لا في وصفه العارض ، فلم ينعقد أصلا حتى يمكن تصحيحه .

مثال ذلك ، أن يكون سبب الفساد شرط الربا ، أو جهالة الاجل أو الضرر الزائد بسبب التسليم ، وكل ذلك منهي عنه شرعا ، فكان معصية فاذا اسقط شرط الربا من له المصلحة فيه ، أو حدد الاجل في مجلس العقد أو بعده ، أو تحمل الضرر من كان النهي عنه من أجل صالحه ، صح العقد ولزم ، وترتبت عليه كافة آثار العقد الصحيح منذ انشائه ، لا من وقت تصحيحه ، توفيقا بين مصلحة المتعاقدين ، وبين ما يقتضيه الشرع ، ما أمكن ، وهو خير من الاهداء والابطال لان قيام سبب الفساد في الوصف العارض ، كان هو المانع من اقتضاء العقد حكمه ، أو من ترتب آثاره عليه ، فانما زال المانع عاد الممنوع ، أو وجد مقتضى وانتفى المانع ، ما عدا فقد الزواج فيجب فسخه ، للمعنى التعبدى فيه ، ولا ينقلب صحيحا .

(١) - الضرر بسبب التسليم ، هو الذى ينجم عن مثل بيع جسر في سقف أو ذراع من قطعة قماش ، ففي تسليم الاول ، ضرر غير مألوف ينجم عن هدم السقف كله أو بعضه ، والشرع ينهى عن مثل هذا الضرر حماية للعاقدة ، واما الثانى ، فكذلك اذا كان في تسليمه ضرر بقطعة القماش كلها بحيث تغدو لا تصلح لشيء .

حكم العقد الفاسد بعد القبض :

قلنا ان العقد الفاسد مستحق الفسخ بحكم الشرع ، قبل القبض والتنفيذ ، غير أنه اذا نفذ وتم فيه تقابض العوضين ، بأن سلم البائع المبيع للمشتري ، أو اخذه المشتري في مجلس العقد وسلم الثمن للبائع ، برضاهما ، دون اكراه ، أو غضب من احدهما للبدل الذي يملكه الاخر ، فان الملك ينتقل الى المشتري لانه تم باذن البائع وتسليط منه ، ولان العقد الفاسد بالتنفيذ والتقابض يقوى تأثيره ، لضعف احتمال المنازعة أو الفسخ بين طرفيه لان التقابض قد تم برضاهما ، كما قد منا .

غير أن المصنف في احكام الشرع في هذا النوع من الملك ، يرى أنه ملك ضروري مفترض افتراضا ، بمعنى أنه قد اقتضته الضرورة ، فلم يكن له حكم الملك الكامل الناشئ عن العقد الصحيح أصالة ، بدليل أنه يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع بيعا فاسدا ، الى الغير ، تصرفا ناقلا للملك ، تخلصا من ملكية هذا المبيع ، لان السبب الجديد يطهر التصرف السابق مما عراه من أسباب الفساد ، كما ذكرنا ، فكان هذا الملك ثابتا افتراضا واقتضاء ضرورة ، تصحيح تصرف المشتري اذا لا يمكن تصحيح تصرف المشتري من بيع أو هبة الا اذا كان مالكا ، إذ يسع احدا أن يملك غيره شيئا مالم يكن هو مالكا له اولا ، لذا أثبت الشارع للمشتري هذا الملك افتراضا

ضرورة تصحيح تصرف الناقل للملك ، وما ثبت على سبيل الضرورة والاقتضاء والافتراض ، لا يكون كالثابت على سبيل الاصل والقياس . يرشدك الى هذا ، أن المشتري لا يجوز له الانتفاع بالمبيع فاسدا ، لان هذا الملك الناشئ عن العقد الفاسد المنهى

عنه ، ملك خبيث محرم ، يجب التخلص منه ، اما يفسخ العقد ، واعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، واما بالتصرف في المبيع نفسه تصرفا ناقلا للملك الى الغير ، تطهيره له .

والشارع اذ حرم على المشتري الانتفاع بما يملك عن هذا الطريق المحرم ، يأى وجه من وجوه الانتفاع ، لم يكن مالكا حقيقة ، بل افتراضا - كما ذكرنا - لان المقصود من الملك الحقيقي الكامل بدهة ، هو اجتناء ثمراته ، وهذا ليس كذلك بل التصرف أو العقد نفسه ليس مقصودا لذاته ، بل لثمراته ، فكان تحريم الانتفاع على المشتري ، بسترا للملك عن آثاره المقصودة منه شرعا ، حملا للمشتري ، اما على الفسخ ، أو على التصرف الى الغير تصرفا ناقلا للملك ، للتخلص من هذا المبيع ، لفساد ملكيته

وعلى هذا ، فان العقد الفاسد يجب فسخه ، قبل القبض وبعبءه حقا للشرع ، ما لم يتصرف المشتري في المبيع تصرفا ناقلا للملك الى الغير فيسقط حق الفسخ عندئذ بالنسبة للبائع ، حماية لحق الغير حسن النية لان احكام الشرع تبني على الظاهر ، ويتقرر حق البائمين في المثل أو القيمة كما لو هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه . وانما يحكم بالمثل أو القيمة ولا يحكم بالثمن المحدد المتفق عليه في العقد ، لان فساد العقد يفسد ما تضمنه من تحديد الثمن والشروط الواردة فيه ، فيصار الى البدل .

وكذا اذا هلك المبيع بعد القبض ، أو تغيرت صورته اذ التفسير كالاتلاف أو زاد زيادة متصلة غير متولدة عنه ، فيصار الى المثل أو القيمة لتعذر الشرط أو اعادة المبيع على الحال التي كان عليها قبل التعاقد ، فيسقط حق الفسخ لذلك .

والخلاصة : أن العقد الفاسد ، قبل التنفيذ والتقابض ، كالباطل لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح ، وهو وإن كان منعقدا ، لكنه واجب الفسخ ، سواء قبل القبض ، أو بعده ، ولا تلحقه الإجازة مطلقا .

غير أنه بعد القبض وبإذن البائع وتسليط منه ، أو في مجلس العقد يفوى تأثيره فيه ، فيفيد الملك الضروري

أو الاقتضائي للمشتري ، ضرورة تمكينه من التصرف فيه إلى الغير تصرفا ناقلا للملك ، تخلصا منه ، بل حمله الشارع على ذلك بتحريم انتفاعه بالمبيع بأي وجه من وجوه الانتفاع ، لأنه ملك خبيث ، حتى إذا تصرف المشتري فيه تصرفا شرعيا صحيحا إلى الغير ، انتقلت الملكية الكاملة إلى ذلك الغير ، وسقط حق البائع في الفسخ ، حماية لحق الغير وانحصر حق البائع في المطالبة بالمثل أو القيمة ، لا بالثمن المحدد المتفق عليه

في عقد الزواج لأن التسمية للثمن أو الأجرة أو المهر . فسدت بفساد العقد ، وكذلك ما ورد فيه من الشروط ، إذ فساد الشيء يوجب فساد ما تضمنه (١) .

وسقوط حق الفسخ إنما يكون في حالة هلاك المبيع كليا أو جزئيا أو تغير صورته ، بأي كان قمحا فطحنه ، أو ثوبا فخاطه قميصا ، لأن التغير كالاتلاف ، فيتعذر استرداد المبيع على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد في حق الغير الذي اكتسبه بطريق شرعي صحيح ، حماية له ، ولصيانته عن النقض والابطال .

(١) - فتح القدير - ج ٥ - ص ١٨٧ - ص ٢٣١ - البدائع - ج ٥ - ص ٣٠٥

وما يليها ، رد المحتار - ج ٤ - ص ١٦٣ -

وإنما كان الملك في العقد الفاسد بعد القبض ، خبيثا ، لأن كسب نفع أو كسب طريقة العقد الفاسد المنهى عنه ، يكون خبيثا محرما .

المبحث الثاني

ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية من حيث ترتب آثاره عليه فـسـور
انعقاده ، ودون توقفها على اجازة أحد ، الى عقد نافذ وموقوف .

T-العقد النافذ :

هو عقد صحيح ، أصلا ووصفا ، صادر من أهله ، مضاف الى محله
القابل لحكمه .

ويقصد بكونه صادرا من أهله ، أى ممن له أهلية كاملة ، وولاية
على محل العقد ، بمقتضى ملكيته له ، أو بمقتضى النيابة عن مالكه ، بأن
كان وكيلًا أو وليا شرعيا . وأخيرا ، لم يتعلق به حق للغير .

حكم العقد النافذ :

انه سبب صالح لترتب آثاره عليه ، فور انعقاده ، ودون توقف
على اجازة من أحد .

وذلك من مثل عقد بيع البالغ العاقل ، واجارته ، وزواجه ، أو عقد
الولى أو الوصي بالنسبة للقاصر ، أو عقد الوكيل مترسما ما أملتته ارادة
موكله في عقد الوكالة .

العقد الموقوف ،

هو عقد صحيح عند الحنفية ، لصدوره من أهله ، مضافا الى محله
القابل لحكمه ، غير أنه المحتره سبب من أسباب وقف آثاره ، وتراخيها انسى
وقت اجازته من صاحب الشأن ، فهو عقد موقوف الآثار .

وسبب الوقف ، قد يكون لنقص الاهلية ، كعقد بيع الصبي الممسـيز
فانه موقوف على اجازة وليه ، او عقد المحجور عليه لسفه أو عته .

وقد يكون سبب الوقف عدم ولاية العاقد على محل العقد ، بأن لم يكن مالكا له ، وليس ذا صفة ، من الوكالة أو الولاية الشرعية ، بأن كان فضوليا ، فيتوقف نفاذ العقد ، ومرتب آثاره على اجازة صاحب الشأن وقد يكون السبب تعلق حق الغير بمحل العقد ، فيتوقف نفاذه على اجازة صاحب هذا الحق المكتسب بطريق شرعي صحيح سابق على تاريخ ابرام هذا العقد ، كبيع الراهن العين المرهونة أو بيع المؤجر العين المؤجرة .

ونذهب الشافعية ، الى أن العقد الموقوف لعدم الولاية باطل ان يشترط لانعقاد العقد عندهم أن يكون العاقد ذا ولاية ، فاذا لم يكن كذلك ، فقد تخلف شرط انعقاد لا شرط نفاذ ، فيقع باطلا ، وعلى هذا فالعقد الصحيح عند الشافعية لا يكون الا نافذا فلا يعرفون العقد الموقوف لعدم الولاية ، بل يعتبرونه من قبيل الباطل .

ومنشأ الخلاف ، هل الولاية على اصدار العقد شرط انعقاد أو نفاذ بالاول قال الشافعية ، والى الثانية ذهب الحنفية والمالكية ، وذلك كبيع الفضولي ، باطل عند الشافعية ، ان ليس للفضولي ولاية اصدار هذا العقد ان ليس له ولاية على حله ، وهو موقوف عند الحنفية على اجازة صاحب الشأن حتى اذا لم تلحقه الاجازة كان باطلا ، واذا لحقته ، كان صحيحا من وقت انشائه .

حكم العقد الموقوف :

لا تترتب عليه آثاره الا ان لحقته اجازة صاحب الشأن ، وهو ممن يملك اصداره ، فان لم تلحقه الاجازة ، بطل .

المبحث الثالث

تقسيم العقد النافذ الى لازم وغير لازم :

١٤٨) أ - العقد اللازم

هو العقد الصحيح النافذ الذي لا يستقل أحد طرفيه بمباشرة فسخه .

وهو نوعان :

أولهما : العقد الذي يستحيل فسخه أبدا ، ولو اتفق طرفاه على ذلك ، بالنظر الى طبيعته ، كعقد الزواج .
هذا ، والطلاق ليس فسخا له ، بل انهاء ، فهو عقد لا يقبل الفسخ بحال .

والثاني : وهو ما يقبل الفسخ باتفاق طرفيه ، ولكن لا يستقل احدهما بفسخه دون رضا الاخر ، وذلك كعقود المعاوضات من مثل البيع والاجارة ، والمساقاة ، فهي عقود نافذة تنتج آثارها فور انعقادها ، ولازمة ، لا تفسخ إلا باتفاق طرفيها (الاقالة) .

وهذا النوع لا يستقل أحد طرفيه بالفسخ الا في احوال أرسى :

أولا : أن يكون لاحدهما خيار المجلس ، وذلك عند الشافعية والحنابلة .
ثانيا : أن يكون لاحدهما خيار الشرط .

ثالثا : أن يثبت لاحدهما خيار الرجعية .

رابعا : أن يكون لاحدهما خيار العيب .

ب - العقد غير اللازم :

وهو ما يملك أحد طرفيه أن يستقل بفسخه دون رضا الاخر ، وهو

سوفان .

أولهما : أن يثبت لواحد معين من طرفيه حق الاستقلال بالفسخ
لكونه غير لازم في حقه ، وان كان لازماً بالنسبة للطرف الآخر
وذلك كعقد الرهن ، فانه لازم بالنسبة للراهن ، وغير لازم بالنسبة
للمرتهن ، فيملك أن يفسخه في أى وقت شاء ، ولو بدون رضا
الآخر ، لانه انما شرع صيانة لحقه ، وتوثيقا له .

التانى : وهو العقد غير اللازم بالنسبة لكل من طرفيه ، فيملك أن يستقل
كل منهما بالفسخ دون رضا الآخر ، ومن ذلك عقد الوكالة
بدون أجر ، والوديعة ، والعارية ، والشركة ، لانها بحكم
طبيعتها غير لازمة بالنسبة لطرفيها على السواء .

تقسيم العقد بالنسبة لاتصال الحكم بالصنعة :

الاصل أن العقد الصحيح ينتج آثاره عقب انعقاده مباشرة
واستثنى من هذا الاصل بعض العقود التي لا تترتب آثارها عليها فور
صدورها ، بحكم طبيعتها ، أو بإرادة العاقد تأخير هذه الآثار ، السى
فترة زمنية معينة ، بل قد يعلق العقد كله على حدوث أمر آخر .

فنتج عن ذلك ثلاثة أقسام للعقود بالنسبة لاتصال الحكم

(الاثر) بالصنعة :

العقد المنجز - العقد المضاف - العقد المعلق .

العقد المنجز :

هو العقد الذى صدرت صيغته غير معلقة على شرط ، أو مضافة

الى المستقبل .

وحكمه ، أنه تترتب آثاره عليه فور انعقاده ، لان الاصل أن العقد

سبب شرعي يترتب الشارع عليه آثاره في الحال .
ويستثنى من ذلك ، عقد الوصية ، لانها تمليك مضاف الى ما بعد
الموت ، فلا تترتب آثارها الا بعد وفاة الموصي ، فكانت منجزة
في ظاهرها ، ولكنها عقد مضاف الى المستقبل في حقيقتها .
وكذلك عقد الايلاء ، بما هو تفويض الاب أو الجد التصرف في
مصالح أولاده أو أحفاده القصر الى الغير بعد وفاته .
هذا ، والعقد المنجز نوعان :

أولهما : العقد الذي لا يقتصر في ترتب آثاره فورا الى أي أمر آخر
يتوقف عليه ، كقبض محل العقد مثلا ، وذلك كعقد البيع وعقد
الاجارة .

الثاني : ما يتوقف في انتاج آثاره فور انعقاده على قبض محل العقد
كعقد الهبة ، وعقد القرض وعقد الرهن (١) ، وتسمى عقودا
عينية .

حقيقة القبض :

هذا ، والقبض يختلف ما هيته باختلاف طبيعة محل العقد
فهو في العقار بالتخلية ، وفي المنقول باستلامه باليد اذا أمكن
وفي المكيل والموزون ، بالكيل والوزن ، وهذا عند الشافعية .
وعند الحنفية أن القبض يتم بالتخلية بين المعقود عليه والمتملك
على وجه يستطيع معه التصرف فيه .

هذا ، والعقد المنجز قد يكون بصيغة مطلقة ، وقد يكون بصيغة

(١) - تبين الحقائق - ح ٤ - ص ٢٥٧ - نهاية المحتاج - ح ٢ - ص ٢٦٨

مقترنة بشرط ، كعقد البيع الذى اشترط فيه تأجيل الثمن ، فهذا لا يمنع التنجيز ، أو ترتب سائر آثاره عليه فور انعقاده ، ما عدا الثمن المؤجل .

العقد المضاف :

ما كان الايجاب فى صيغته ، مضافا الى زمن المستقبل ، سواء أكانت الصيغة مطلقة أم مقترنة بشرط ، كأن تقول : أجرتك أرضى هذه مدة ثلاث سنوات ، ابتداءً من السنة القادمة ، أو تقول : وقفت دارى هذه على اليتامى الفقراء ، ابتداءً من الشهر المقبل .

وحكم العقد المضاف ، أنه ينعقد فى الحال علة لحكمه ، ولكن لا ترتب عليه آثاره الا عند حلول الوقت المضاف اليه .

أقسام العقد المضاف :

ينقسم العقد المضافة آثاره الى المستقبل ، الى انواع ثلاث :
الاول : عقد مضاف بحكم طبيعته ، ان الاضافة جزء من مفهومه ، وذلك كعقد الوضية والايصال ، فان آثارهما لا تظهر الا بعد وفاة الموصى .

الثاني : عقود تقبل الاضافة بارادة أحد المتعاقدين ، واغلبها من العقود المنجزة التى ترد على المنفعة ، كالأجارة ، والعارية ، والمساقاة ، والبزاعة ، ان المنافع تحدث شيئا فشيئا ، وتتجدد بتجدد الزمن ولا يمكن استيفاؤها جملة واحدة ، لذا كانت عقودها يمكن أن تنعقد منجزة ، ولكنها تقبل الاضافة بحكم طبيعتها ، أى بالنظر الى محتمل العقد ، وهو المنفعة .

وذلك كعقد الاجارة الذى تضاف آثاره أو يحدد بدء جريانه وذلك الى

السنة القادمة ، اعتباراً من أول كانون الثاني مثلا .
ومن العقود التي تقبل الاضافة ، الوكالة ، والكفالة ، والحوالفة
حيث يمكن أن تكون منجزة ، أو مضافة ، وكذلك الاسقاطات ، كالتطلاق
والموقف .

الثالث : عقود لا تقبل الاضافة بحكم أصل وضعها الشرعي :

وذلك كعقود المعاوضات المالية التي محلها أعيان كعقد البيع بحيث
تنتقل ملكية العين من البائع الي المشتري ، فور الانعقاد ، والابراء
من الدين ، والهيبة ، والشركة .

ذلك ، لان هذه العقود انما شرعت أصلاً ، لتترتب آثارها عليها في
الحال ، فاذا أضيفت كانت على غير وضعها الشرعي (١) ، ولهذا ، لا تصح
مع الاضافة ، وكذلك عقد الزواج ، لانه يفيد الحل فور الحال .

العقد المعلق :

هو ما علق وجوده ، علم وجود أمر في المستقبل ، بإدائه من أدوات الشرط
أو ما في معناها ، كأن تقول : إن رقت علي قضية ، فانت وكيلك أمام
المحكمة ، فعقد الوكالة معلق علم حدوث أمر في المستقبل (شرط) .

حكم العقد المعلق :

ينعقد علة في الحال ، عند الجمهور ، خلافاً للحنفية ، وتتأخر آثاره
الى وقت حصول (الشرط) المعلق عليه فالتعليق لا يمنع الانعقاد .
وزهد الحنفية الى أن التعليق يمنع انعقاد العقد سبباً في المحال

(١) - بالمدخل اليه في الفقه الاسلامي - الدكتور حسن أحمد .

وانما يتأخر انعقاده الو، وقت حصول المعلق عليه ، فينتج آثاره حينئذ ، أو بعبارة أخرى ، يتأخر انعقاد العقد وانتاج آثاره الو، زمن حصول الشرط مستقبلا .

وثمره الخلاف تظهر فيما لو علق النذر على حصول أمر في المستقبل كأن يقول : ان نجحت في الامتحان ، فله علم ، نذر أن أتصدق بالف لسيرة سورية للفقراء ، ثم تصدق بها قبل وقوع الشرط ، صح عند الجمهور وأجزأ عن النذر ، لانعقاد النذر في الحال ، ولم يجزىء عن النذر عند الحنفية لانه لم ينعقد ، فوجب عليه التصديق من جديد ، وفاء للنذر ان لا يصح . وفاء النذر قبل انعقاده نذرا .

وشروط صحة التعليق :

- ١ - أن يكون الامر المعلق عليه على خطر الوجود والعدم . فلو كان محقق الوجود في الحال ، كان منجزا ، والتعليق صوري أما ان كان محقق الوجود مستقبلا ، تحققا لا احتمال فيه ، فهو اضافة لا تعليق ، كأن تقول ان جاء شهر رمضان العام القادم ، فانت وكيل ، وهو آت لا ريب فيه ولا احتمال ، والتعليق يفترض الاحتمال لا التحقق .
- ٣ - ألا يكون التعليق على مشيئة لا نعلمها ، كمشيئة الله تعالى ، كقوله لزوجه : انت طالق ان شاء الله ، لا يقع الطلاق .

هذا وعقود التمليكات المالية لا تقبل التعليق ، فيما عدا الوصية

سواء أكانت عقود معاوضة ، كالبيع والأجارة ، أم عقود تبرع ، كالهبه والقرض ، والوقف ، وخالف المالكية في التبرعات ، فاجازوا تعليقها ان لا يترتب علم تعليقها ، غرر ولا ضرر .

أما عقود التمليكات ، فلأن الشارع وضعها لتفيد الملك في الحسب

والتعليق يتنافى مع وضعها الشرعي ، فلا تصح مع التعليق للمنافاة .
وكذلك عقد الزواج ، لا يصح تعليقه ، لانه وضع شرعا ، لافسادة
الحل في الحال .

ونذهب ابن تيمية وابن القيم اليه ، أنه يصح تعليق العقود والفسوخ
والالتزامات والتبرعات بالشروط ، ولا يمنع من ذلك مانع الا ما ورد النهي
عنه من الشارع (١) .

(١) - اعلام الموقعين - ج ٢ - ص ٢٨٨

المدخل للفقهاء الاسلاميين - ص ٥١٦ - ص ٥١٧

للشيخ عيسوي أحمد عيسوي .

الفصل الخامس

الخيارات

الخيار اصطلاحاً ، هو اختيار امضاء العقد أو فسخه ورقعه من أساسه ، أو أن يختار شيئاً من اثنين أو ثلاثة .
ونتناول أهم الخيارات بالبحث وهي :

خيار الشرط ، وخيار الرجعية ، وخيار العيب وخيار التعيين .

هذا ، والخيارات لا تكون الا في العقود اللازمة ، أما العقود غير اللازمة بطبيعتها ، فليست مجالاً للخيارات ، ان لا فائدة منها ، كالوكالة والشركة .

هذا ، والخيارات قسمان :

الاول : يثبت بالاشترط ، واتفاق المتعاقدين عليه ، وذلك كخيار الشرط ، وخيار التعيين .

الثاني : خيارات أثبتها الشارع نفسه ، وتوجد بوجود أسبابها ، دون اشتراط وذلك كخيار الرجعية ، وخيار العيب .

الفرع الاول

خيار الشرط

خيار الشرط ، من اضافة الشيء الى سببه ، أي خيار سببه الشرط

تعريفه : ما يشترط في صلب العقد ، أو بعده ، لاحد المتعاقدين ، أو كليهما ، أو لغيرهما ، من امضاء العقد أو فسخه ، في مدة معينة .

حكم هذا الخيار :

يصبح العقد اللأزم بطبيعته ، غير لازم بالنسبة لمن شرط الخيار
ونذهب الا امام مالك الو، أن شرط الخيار يثبت بالشرط أو العرف .

والاصل فيه خيار الشرط ، ما روى عن أن حبان بن منقذ الانصارى
كان يبيعن فيه البياعات ، فشكاه أهله الو، رسول الله - صلى الله عليه وسلم
ليخجزعليه ، فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم : " إذا بايعت فقل
لا خلافة ، ولم الخيار ثلاثة أيام " .

وحكمة مشروعية الخيار ، الحاجة الو، التروى ، والمشاورة ، أو استطلاع
رأى أهل الخبرة ، وهو يخشى فوات الصفقة ولذا شرع استخسانا
لهذا الغرض ، ان القياس يقضي بعدم تعليق عقود المعاوضات
ويوجب أن ينعقد العقد لازما ، مراعاة لاستقرار التعامل ، فاذا
وجد المشتري المبيع يتفق مع مصلحته ، أمضى العقد ، والا نقضه
من أساسه .

هذا ، واجاز جمهور الفقهاء اشتراط الخيار بعد العقد ، وان كان
الاصل أنه يشترط في صلبه .

مدة خيار الشرط :

اتفق الفقهاء على جواز اشتراط هذا الخيار ثلاثة أيام فما دونهما
لمصرح النص : " ولو الخيار ثلاثة أيام " .

واختلفوا فيما زاد عن ثلاثة أيام .

١ - فذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن ، والحنابلة ، الى أنه يجوز
الاشتراط الى أكثر من ثلاثة أيام ، ودون تحديد ، اذا اقتضت
الحاجة ذلك ، تحقيقا لحكمة تشريعية .

٢- وذهب أبو حنيفة ، وزفر ، والشافعية ، اله ، عدم جـواز الخيار ، اله ، اكثر من ثلاثة أيام ، لورود النهي ، ولأنه جاء على خلاف القياس ، فلا يتوسع فيه ، ولانه شرع للضرورة ، وهو تقدر بقدرها . ولكن هذا التعليل حجة عليهم ، ان قد تقتضى الضرورة اكثر من ثلاثة أيام .

أما المالكية ، فقد رأوا أن المدة إنما يكون تحديدها ، تبعاً لنسوع التصرف (١) ، فقد يقتضى اليوم ، أو اليومين ، أو الشهر ، أو الاكثر (١) من ذلك ، وهذا رأى سديد . ومجال خيار الشرط العقود اللازمة القابلة للفسخ ، كما تقدم .
حكم شرط الخيار في العقد :

أولاً : الاثر الاول لشرط الخيار في العقد ، أنه يجعله غير لازم بالنسبة لمن شيط له ، كما قدمنا ، فتكون له سلطة فسخه خلال المدة المعينة أو امضائه ، حتى اذا نقضه اعتبر كأن لم يكن ، واذا امضاه لزم في حقه منذ انشائه .

فاذا كان الخيار للمشتري ، كان له وحده حق الامضاء والفسخ .
وانا كان للعاقدين كليهما ، ملك كل منهما حق الامضاء والفسخ ، على استقلال حتى اذا فسخ احدهما العقد بطل ، أما لو امضاه احدهما يقسي حق الآخر فان امضاه لزم في حتمهما ، وان فسخه بطل .
وانا كان لغيرهما ، ناجباً عن احدهما فانه يملكه ، كما اصيل أيضاً .

(١) بداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٧٢

المغنى - ج ٣ - ص ٥٨١

البدائع - ج ٥ - ص ٢٦٤ .

ثانيا : أما الاثر الثاني، لشرط الخيار ، فهو منصب على حكم العقد ،
ان يمنع انتقال ، أو خروج العوض من ملك من له شرط الخيار
فإذا كان للبائع ، لم يخرج المبيع عن ملكه ، طوال مدة الخيار
ان لا ينتقل الملك الا مع الرضا ، والرضا هنا غير بات وهو
متردد ، بل يذهب بعضهم الى أنه معدوم .
وانا كما، شرط الخيار للمشتري ، فكذلك ، لا يخرج الثمن عن
ملكه ، طوال مدة الخيار ، لعدم توافر الرضا البات .

وانا كان الشرط لكليهما ، فان العوضين لا يخرجان عن ملكيهما
بل يبقيان على حكم الاصل .

هذا ، وان كان شرط الخيار مانعا من خروج العوض عن ملك من
شرط له ، فلا يمنع أن يخرج العوض عن ملك الطرف الاخر ، لان العقد
في حقه لازم منذ انشائه ، ومعنى هذا ، أن أثر خيار الشرط على العقد
هو عدم ترتب حكم العقد بالنسبة لمن شرط له .

ونذهب بعض الفقهاء ، الى أن خيار الشرط لا تأثير له الا على
لزوم العقد ، لا على نفاذه ، فيبقى صحيحا نافذا تترتب عليه كفاية
آثاره ، غير أنه بالنظر لخيار الشرط ، يكون لمن شرط له حق فسخه
ومعلوم أن العقد النافذ غير اللازم ، تترتب عليه آثاره فور انعقاده .

سقوط خيار الشرط :

يسقط خيار الشرط بالاسباب الاتيية :

١ - مضي مدة الخيار المحددة ، دون امضاء أو فسخ ، ويلتزم العقد منذ ابرامه .

٢ - الفسخ أو الامضاء ، صراحة ، أو دلالة ، فان فسخه اعتبر كأن لم يكن ، وان امضاه لزم منذ انشائه ، ويشترط أن يكون ذلك خلال المدة المحددة .

٣ - موت من له حق الخيار ، فلا يورث ، لانه رغبة ومشية واحدة وهذا عند الحنفية والحنابلة .

ويرى المالكية والشافعية أن خيار الشرط يورث .

فلا يسقط بموت من شرط له لانه حق تعلق بالاموال ، والحق قسده يورث عندهم .

٤ - هلاك محل العقد ، أو تغير صورته عما كان عليه وقت التعاقد بحيث يتعذر رده الى الحال التي كان عليها ، عند فسخ العقد .

(١) - والفسخ صراحة ، كأن يقول فسخت العقد ، أو بطلته ، أو نقضته والفسخ دلالة ، كان يتصرف البائع الذي شرط له الخيار بالمبيع ، تصرفا شرعيا ببيعه الي الغير ، أو تصرفا ماديا كالزيادة فيه ، والاجازة صراحة ، كأن يقول اجزت العقد . وكذلك المشتري ، كأن يقول صراحة ، فسخت العقد ، أو اجزته ، أما مسخه دلالة فكأن يتصرف المشتري بالثمن اذا كان عينا ، تصرفا ماديا أو شرعيا . أما الاجازة دلالة ، فكأن ينقل المشتري الاثاث الى الدار التي اشتراها بشرط الخيار .

الفرع الثاني
خيار الرؤية

تعريف خيار الرؤية :

هو حق التعاقد في فسخ العقد أو أمضائه ، عند رؤية محله ، اذا لم يكن رأه وقت التعاقد ، أو قبله بمدة لا يتغير في مثلها عادة .
(١٦٤)

سبب ثبوته :

يتبين من التعريف ، أن سبب ثبوته ، هو عدم رؤية محل العقد الروئية نفسها ، وهذا يظهر في حالتين .
أولاهما : عدم رؤية محل العقد وقت انشاءه .
الثانية : أن تكون رؤية سابقة لمحل العقد قبل التعاقد بمدة ، ثم يراه متغيرا عند التعاقد ، ان تعتبر تلك الرؤية ، كأن لم تكن لانها لم تعد وسيلة صالحة للعلم بالمحل ، والاحاطة به ، ممنا يتحقق به مقصوده .

مشروعية خيار الرؤية :

اختلفت اجتهادات الفقهاء في أصل مشروعية خيار الرؤية على رأيين : أولهما : أن خيار الرؤية غير مشروع اصلا وهذا رأى الامام الشافعي في الجديد (١) .

ووجهة نظره ، أن خيار الرؤية يفترض قيام عقد بيع صحيح لعين

(١) - واما مذهبه القديم ، فيجيز بيع الغائب اذا بين المتعاقد أن جنسه ونوعه ، دون بيان لما عليه من أوصاف ، وعلى هذا يثبت

فيه خيار الرؤية ، لكنه يتحدد في مجلس الرؤية .
مفني المحتاج - ج ٢ - ص ١٨ - فتح القدير ج ٥ - ص ١٣٧ - ص ١٣٨ .

معينة بالذات غائبة وموصوفة ، حتى يتصور فسخه ، وهذا النوع من بيع الغلاب باطل ، ولو كان محله موصوفا ، لفوات شرط من شروط انعقاده ، وهو العلم بمحل العقد ، علما نافيا للجهالة أو الغرر ، ولا يتم العلم بالاعيان المعينة بالذات - في إجهاد الامام الشافعي - الا عن طريق المشاهدة والرؤية ، لا الوصف لان الوصف لا يقوم مقام الرؤية في ادراك المحل ، والعلم به - علما كافيا نافيا للجهالة أو الغرر المنهي عنه ، فاذا لم تتم الرؤية عند التعاقد ، وقع باطلا ، فلا وجه للقول عندئذ بثبوت خيار الرؤية ، ان لم تعد ذات موضوع ، لما قلنا ، من أن هذا الخيار يفترض قيام عقد صحيح ، ليتصور فسخه بخيار الرؤية ، وهذا العقد باطل ، لانه بيع عين معينة بالذات غائبة دون رؤية سابقة ، والباطل مغدوم شرعا ، فلا يتأتى أن يرد عليه امضاء أو فسخ بخيار الرؤية .

الثاني : وذهب الحنفية الى مشروعية خيار الرؤية ، بل ثبوته دون اشتراط حقا للشرع ، بالنص سواء وصف المحل ، أم لم يوصف (١) ، بمعنى أن خيار الرؤية ثابت بايجاب الشارع ، لا بارادة المتعاقدين . .
منشأ الخلاف :

يفهم ما سبق ، أن منشأ الخلاف " هو مسألة بيع العين الغائبة اذا كانت معينة بالذات " كالارض ، والسيارة ، والمنزل ، مسن القيمات ولو كانت موصوفة ، هل يصح التعاقد عليها أو لا ؟

(١) - تبين الحقائق - ح ٤ - ص ٢٤ - فتح القدير - ح ٥ - ص ١٣٧ .

فالقائلون بصحته ذهبوا الى مشروعية خيار الروئية ، ومن قال ببطلانسه
نفي مشروعيته .
أدلة الاولين :

١ - استدلوا على نفي مشروعية خيار الروئية ، بما رواه أبو هريرة - رضي
الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " نهى عن بيع
الغرر " وهو هنا الجهالة المفضية الى النزاع الذي يتعذر حسمه
والجهالة تنافي العلم بالمحل ، وهو شرط انعقاد .
واستدلوا كذلك بقوله - صلى الله عليه وسلم - " لا يحل سلف وبيع ،
ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك " .
ومحط الاستدلال هو قوله - صلى الله عليه وسلم - : " لا تبع
ما ليس عندك " ان حملوه على النهي عن بيع العين الغائبة عن مجلس
العقد ، وهي العين التي لم يرها العاقد عند انشاء العقد
والنهي يقتضي التحريم ، ولا مشروعية مع التحريم .

أدلة القائلين بالمشروعية :

١ - استدلوا بقوله - صلى الله عليه وسلم - : " من اشترى ما لم يره ، فله
الخيار اذا رآه (١) وهذا نص في الموضوع ، ان يتناوله على سبيل

(١) - المراجع السابقة - هذا وقد طعن بعض الفقهاء في هذا الحديث
وهو وان ورد في البيع ، لكنه لا يفيد الخصوصية ، فيلحق به ما كان
في معناه ، لوحدة المناط ، فينسحب حكمه على كافة عقود المعاوضات
العالية اذا كان محلها عينا معينة بالذات ، كالمقايضة ، والصلح
على مال ، والقسمة في غير المثليات .

الاصالة هذا ، ويستنبط من هذا الحديث حكمان ، ~~كلاهما~~ ~~يتضمن~~ ~~انسان~~
بالمشروعية :

الاول : جواز شراء الانسان ما لم يره .

الثاني : ثبوت الخيار له عند رويته .

٢ - ومن أدلتهم ، ما روى أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبد الله

أرضاً بالبصرة لم يرها واحد منهما ، فقيل لطلحة : انك قد غبنت ،

فقال : لي الخيار ، لاني اشتريت ما لم أره ، وقيل لعثمان ، انك

غبنت ، فقال : لي الخيار ، لاني بعته ما لم أره ، فحكما بينهما

جبير بن مطعم ، فحكم بأن الخيار لطلحة (١) ، وكان بمحضر من

الصعابة ، ولم ينكر عليه أحد ، فكان اجماعاً (٢) منهم على جواز

بيع الشيء الغائب ، ومشروعية خيار الروية .

٣ - واستدلوا كذلك بقوله - صلى الله عليه وسلم - : " ليس الخبر كالمعاينة "

افرد على النافين لمشروعية خيار الروية ومناقشة ادلتهم :

اما ادعاؤهم أن لا طريق للعلم بالمحل الا الروية ، فيتجه عليه

أن الوصف كاف للتميين . وعلى التسليم بأن فيه جهالة ، لكنها لا تفضي

الى نزاع مشكل ، لانه عند رويته ، يملك امضاء العقد او فسخه ، وأن الطرف

الأخر على بينة من أن للمشتري هذه السلطة ، فلا جهالة ولا غرر

ولا نزاع ، فلا يكون هذا مشمولاً بالنهي عن الغرر الوارد في الحديث .

(١) - وهو المشتري الممتلك ، وفيه دليل على أن البائع ليس له خيار

روية .

(٢) - وهذا اجماع سكوتي ، أولزومي .

هذا ، ولا نكران أن الحاجة ماسة الى التعاقد على الاعيان الغائبة المعينة بالذات ، بعد وصفها ، وتعيينها ، وقد تفوته الصفقة اذا انتظر حتى الروئية ، فينبغي - دفعا للحاجة ورفعاً للهرج ، وتيسيراً للمتعامل أن يكتبي بالوصف في تعيين منخل العقد ، اذا كان غائباً ، ومن الاهمياء المغيظة بالذات (١) ، كما قلنا .

وأما تأويلهم لقوله - صلح الله عليه وسلم - " لا تبع ما ليس عندك " بأن المراد به ، النهي عن بيع العين الغائبة عن مجلس العقد فتأويل بعيد مستكره ، لان المتبادر من "العندية" في الجديث ، الطك والقدرة على التسليم لا الغيبه ، على معنى " لا تبع ما لا تملك " . ولا تقدر على تسليمه .

يوثقت هكذا ، القصة التي ورد فيها هذا الحديث .

هذا فضلا عن النصوص من السنة التي اثبتت مشروعية خيار الروئية ولهذا فرجح ما ذهب اليه القائلون بالمشروعية .

شروط خيار الروئية :

قلنا ان "خيار الروئية" يثبت للمشتري أو من في معناه دون اشتراط معتد الحنفية ، حقا للشرع ، وبايجاب منه بالنص ، وان تحقق

(١) - خلافا للحنفية الذين يذهبون الى أن البيع بالوصف ، وان كان نافيا للجهاالة ، لكن الروئية تفيد علما أدق مما يفيد وصفه ، ولذا فانهم يشتون للمشتري أو المتك هيكل الروئية ، ولو وجد المبيع مستكلا كافة الاوصاف التي اشترطت في العقد ، اذا راه هير موافق لرغبته ومقصوده ، لانه ادري بها ، ولا يرون توافر الوصف قاطعا لحق المشتري في خيار الروئية .

الاصاف في العين الغائبه ، لا يقطع او يسقط حق الخيار هذا (١) ، لكن ذلك مشروط بما ياتي :

أولا : ان يكون محل العقد عينا معينة بالذات ، مما لا يثبت دينا فسي الذمه ، اى من الاموال التي تتعين بالتعيين ، فلا يثبت خيار الرؤيه في المسلم فيه في عقد السلم مثلا ، لانه مما يتعين بالوصف لا بالذات ، فيكون دينا موصوفا في الذمه ، فلا يثبت فيه خيار الرؤيه .

ثانيا : ان يكون العقد من عقود المعاوضات العاليه اللزومه التي تنفسخ بالفرد ، وهذا شرط تقتضيه طبيعه الخيار نفسه ، واما ما لم يكن كذلك ، فلا يثبت فيه هذا الخيار ، لعدم الفائدة ، وذلك كالخلع ، والنكاح ، والصلح عن القصاص ، ان لا تحتل الفسخ وان كان محلها مما يتعين بالذات .

ثالثا : عدم رؤيه المملك محل العقد عند انشائه ، أو قبله بفترة لا يتغير خلالها عادة . . .

رابعا : وقوع الرؤيه فعلا ، فلا يثبت هذا الخيار قبلها . هذا ، وثمة رأى يذهب الى ان للمملك الحق في الفسخ قبل الرؤيه ، لان سببه هو عدم الرؤيه لا الرؤيه نفسها .
محل خيار الرؤيه :

بيننا آنفا ، ان خيار الرؤيه يشترط في ثبوته ، ان يكون العقد من المعاوضات العاليه اللزومه وان يكون محله من الاعيان التي تتعين

(١) - خلافا للمالكه الذين يرون ان الوصف يقوم مقام الرؤيه في العلم بمحل العقد علما كافيا .

بالتعيين ، لا بالاوصاف وان يحتمل الفسخ ، ومن ذلك ، عقد البيع اذا كان محله من الاعيان المشخص التي تتعين بالذات ، وعقد الصلح على مال ، والقسم ، اذا كان محل الاول عينا مشخصة ، ومحل الثانية أمـوالا مشتركة من القيمات لا العثليات ، اذا لم يكن المشتري أو المـتـمـلك قد رأى محل العقد عند انشاءه .

أو بعبارة اخرى ، محله عقود المعاوضات المالية اللازمة التي تنفسخ بالرد ، أما ما لا ينفسخ بالرد من العقود ، فلا يثبت فيه خيار الرجوع لعدم الفائدة ، وذلك كالخلم ، والنكاح ، والصلح عن القصاص (١) ولو كان محله من الاعيان التي تتعين بالتعيين .

لمن يثبت خيار الرجوع :

يثبت للمشتري أو المـتـمـلك ، وأما بالنسبة للبائع أو المـتـمـلك ، فقد اختلفوا في ثبوته له ، فكان ابو حنيفة يقول بذلك ، بأن ورث البائع عينا فباعها قبل أن يراها ، ثم رجع الامام عن ذلك (٢) .

أما اذا كان العقد "مقايضة" كأن يبيع أرضا بسيارة ، بحيث يدسون الثمن عينا مشخصة كالبيع ، فان للبائع خيار الرجوع اجماعا ، لان كلا من طرفي العقد ، بائع ومشتري آن واحد ، فيثبت لكل منهما خيار الرجوع بوصف كونه مشتريا ، لا بائعا .

على أن الاجماع السكوتي منعقد على ثبوته للمشتري دون البائع على ما ورد في قضاء جبير بن مطعم ، كما بينا .

(١) - المرجع السابق .

(٢) - المرجع السابق .

هذا ، والأحكام الشرعية تدور على ما يغلب وقوعه ، لا على النادر
فالبائع يندر أن يبيع شيئا مما يملك دون أن يكون قد رآه ، وعلم به ، لوجوده
تحت يده ، فكان معيناً لديه ، أو من المفروض أن يكون كذلك ، فإذا لم
يفعل كان مقصراً ، وعليه تبعة تقصيره ، بخلاف المشتري ، فان عدم رؤيته
لمحل العقد مما يكثر وقوعه في التعامل ، لذا جاء نص الحديث
خاصاً بالمشتري ، لتحقق حكمة تشريعه بالنسبة إليه دون البائع
فيكون مقصوراً عليه . وايضاً ، خيار الروئية جاء على خلاف القياس
فلا يقاض عليه غيره ، بل يقتصر فيه على مورى النص .

ما المقصود بالروئية :

ليس المراد بها خصوص الروئية البصرية اجماعاً ، بل ما هو أعم من
ذلك ، فتختلف طبيعة وسائل العلم أو الروئية ، باختلاف طبيعة المحلل
وهذا ما عبر عنه الفقهاء بقولهم " تعتبر الروئية في كل شيء بحسبه " فإذا
كان من المشومات كالعطور فوسيلة تعيينه أو العلم به ، الشم ، أو من
البدويات كالزيت والشحم ، فوسيلته الذوق باللسان ، أو من المنسوجات
فوسيلته البصر واللمس ، أو كان من المرثيات كالبساتين ، والابنية (١)
فيعلم بالمشاهدة .

(١) - لا يكفي مشاهدة ظاهر الدار أو المنزل ، بل لا بد من رؤية باطنه
وحجراته ومرافقه ، إذ تختلف المنازل في ذلك اختلافاً كبيراً ، فكانت
رويته من الخارج لا توصل إلى العلم بحقيقته علماً دقيقاً كما سلا
محيطاً ، وفيل يكفي بمشاهدة الظاهر ، ونحن نرى أنه يكتفي
بمشاهدة الظاهر ، إذ كان البناء مما لا تختلف غرفة ومرافقه ، بأن كان
على نمط معين متعمم ، فالاختلاف إذن أساسه اختلاف العادات
والاعراف في كل زمن .

هذا ، وان كان من المكيلات أو الموزونات ، وكانت اجزائه غير متساوية ، فان رؤية عينة منها ، كافية في معرفة الكل ، والعلم به ، فيسقط خياره برؤية هذه العينة ، ويلزم العقد ، وان لمهر الكل ، لعدم التفاوت ، بخلاف ما اذا كانت اجزائه متفاوتة ، بأن كان من العدديات ، فان رؤية بعضها ، لا تسقط خياره في سائرهما ، للتفاوت ، فلا تكون رؤية البعض مفيدة للعلم بالكل ، فيبقى العقد في حقه غير لازم .

وعلى هذا ، فالمراد بكلمة " الرؤية " العلم بالمقصود (١) .

أثر خيار الرؤية في العقد

- ينصب أثر خيار الرؤية على لزوم العقد ، فقط ، ولا يؤثر على نفاذه فيكون عقدا صحيحا نافذا غير لازم ، وذلك بالنسبة للمشتري أو المملك ان يثبت هذا الخيار له وحده ، كما قدمنا ، دون الطرف الاخر من البائع أو المملك ، لان العقد بالنسبة لهذا الاخر لازم ، وهو الصحيح .

وعلى هذا ، فان لمن يملك هذا الحق - وهو المشتري أو من في حكمه - أن يفسخ العقد أو يرضيه ، عند رؤية المحل ، ولا يتوقف هذا الفسخ على رضا الطرف الاخر ، ولا على حكم القاضي .

وان كان العقد مع خيار الرؤية نافذا ، فان جميع آثاره تترتب عليه .

هذا ، والحنفية الذين يثبتون هذا الحق دون اشتراط ، لانه ثابت

بإيجاب الشارع بالنص ، يجعلون لمن يملك هذا الحق فسخ العقد أو

امضاء عند رؤية المحل ، ولو كانت الاوصاف المشروطة في العقد متحققة

(١) - فتح القدير - ج ٥ - ص ١٣٨ وما يليها - رد المحتار ج ٤ - ص ٥٩٦ .

ص ٥٩٩ - البدائع - ج ٧ - ص ٣٦٠ - ص ٣٦١ .

في هذا المحل ، نهابا منهم ، الى أن الروئية تفيد علما أدق من الوصف ، فلا يسقط تحقق الوصف في محل العقد ، حق الخيار في الروئية ولأنه ثبت حقا للشرع (١) ، خلافا للمالكية ، حيث يرون أن توافر الوصف في محل العقد كاف للمعلم به ، وناف للجهاالة فيلزم العقد لانه يقوم مقام الروئية في العلم بالمعقود عليه .

هذا ، والفسخ بخيار الروئية يصح دون قضاء ، ولا رضا الطرف الآخر ، - كما ذكرنا - وهو فسخ على كل حال ، سواء قبل القبض وبعبده بخلاف خيار العيب بعد القبض عند الحنفية .

هذا ، وباعتباره حقا للشرع ، لا يسقط ، مهما طال الزمن ، لان الحق لا يسقط الا بانتهاه ، أو بانتهاه الوقت المحدد له ، وليس لهذا الخيار وقت محدد ، فيبقى قائما ما لم يسقطه صراحة أو دلالة ، وذهب آخرون الى أنه موقت بوقت امكان الفسخ بعد الروئية ، فاذا تمكن من الفسخ ولم يفعل ، سقط خياره بعضي الوقت ، ولزم العقد ، ولو لم يجزه صراحة أو دلالة . والصحيح الاول ، لما بيناه .

(١) - المراجع السابقة - سيأتي أن الفسخ بخيار العيب يتوقف على رضا الطرف الآخر ، أو قضاء القاضي ، اذا كان بعد القبض عند الحنفية ان قد ينازع البائع في ادعاء المشتري بفساد شرط السلامة في المبيع بعد القبض ، وعلى هذا ، فلا يفسخ العقد بعبارة المشتري وحده هذا عند الحنفية ، خلافا للشافعية والحنابلة ، ان يتم الفسخ بعبارة وحده .

بم يسقط خيار الروئية :

يسقط خيار الروئية بالاسباب الآتية :

١ - روية محل العقد ، والرضا به ، صراحة أو دلالة .

أما صراحة ، فكقوله : رضيت بالعقد ، أو أجزته .

وأما دلالة فكتصرفه في المحل الى الغير . ، يدل على رضاه
بمحل العقد ، أو تصرفه ماديا فيه ، بأن كان سيارة فسافر فيها ، أو منزلا
فسكنه ، أو أرضا فزرعها ، على أن تصرف المشتري في محل
العقد بعد رويته ، للغير ، تصرفا شرعيا ناقلا للملك يسقط الخيار
سواء أكان هذا التصرف يوجب للغير حقا لازما ، كالبيع والرهن
والاجارة ، والهبة. إذا تم فيها القبض ، أم كان لا يوجب للغير
حقا كالبيع بشرط الخيار ، لنفسه ، أو عرض محل العقد للبيع للمساومة
أو الهبة قبل القبض .

هذا اذا كان التصرف بعد الروئية ، فانه يسقط الخيار مطلقا .

أما اذا كان قبلها ، فلا يسقط الخيار الا اذا كان يوجب للغير حقا
لازما ، ذلك لان الحق اللازم ، يمنع الفسخ ، رعاية للحق المكتسب
بالنسبة للغير ، واذا امتنع الفسخ ، لزم البيع ، ببطلان الخيار
ضرورة ، أما ان كان التصرف لا يوجب حقا للغير ، فلا يسقط خيار
الروئية ، لانه لو سقط ، لكان سقوطه باعتبار دلالة هذا التصرف على
الرضا ، ومعلوم ، أن صريح القرضا لا يبطل الخيار قبل الروئية
فدلالة الرضا لا تسقطه من باب أولى (١) .

٢ - تعذر رد المعقود عليه ، بهلاكه هلاكاً كلياً أو جزئياً ، قبل اختيار

(١) - فتح القدير - حه - ص ١٣٧ وما يليها .

المشترى ، ذلك ، لان الهلاك الكلي ، يعدم المحل ، فيمتنع الرد ، فيسقط الخيار ، ويلتزم العقد .

وأما الهلاك الجزئي ، فيفرق الصفقة على البائع ، برد البعض دون البعض ، وهذا اضرباره ، ولا يجوز ، فيسقط الخيار لذلك .
وفي معنى الهلاك ، تغيره تغيرا يخرججه عن الصفقة التي كان عليها وقت التعاقد .

٣ - تغيب محل العقد في يد المشتري ، أو الممتلك ، يسقط حقه فيسي الرد ، ان يمتنع عليه أن يرده معييا بعد أن استلمه هليما ، فيسقط الخيار لذلك .

٤ - موت من له الخيار ، لان خيار الروية ، مجرد رغبة ومشية ، كخيار الشرط ، لا يورث ، سواء أكان موته قبل الروية أم بعدها ، فيبطل خياره بموته .

٥ - زيادة محل العقد زيادة متصلة غير متولدة عنه ، على النحو الذي بينا في خيار الشرط .

الفرع الثالث

خيار العيب

يقصد بالعيب في اصطلاح الفقهاء ، ما يوجب نقصانا في القيمة عند أهل الخبرة (١) .

تعريف خيار العيب اصطلاحا :

هو الحق الثابت شرعا ، للمتلك ، في فسخ العقد أو امضاءه اذا ظهر في محل العقد المعين بالدات ، عيب كان موجودا عند التعاقد أو التسليم ، ولم يكن قد اطلع عليه وقت ذلك ، منسبا يوجب نقضا معتدا به في ماليته عند أهل الخبرة ، أو يفتقر غرضنا صحيحا لديه (٢) .

سبب خيار العيب :

ان سبب هذا الخيار هو ظهور عيب في محل العقد ، مما يتضرر به المتملك ، لنقصان في ماليته في نظر أهل الخبرة ، أو فوات شرط السلامة مشروعية خيار العيب :

عقود المعاوضات المالية اذا كان محلها عينا معينة بالذات ، تنطوي على شرط ضمني - هو " السلامة " من العيب ، لان ارادة التعاقد المتملك قد اتجهت قطعاً الى ذلك ، وان لم يصرح بها ، بل هذا هو المتعارف بين الناس ، ان لا يقصد أحد الى تنفك شيء معيب ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطا ، حتى اذا فات هذا الشرط ، بظهور العيب ، فقد اختلف

(١) - الفتاوى الانقروية - ج ١ - ص ٦٣ - ٦٤ - البدائع - ج ٥ - ص ٣٦٢ .
المراجع السابقة .

والعيب في اللغة : ما تخلوعه الفطرة السليمة - المصباح المنير .

الرضا ، وهذا يجعل العقد غير لازم في حق من اختل رضاه ، لان الرضا الكامل شرط في صحة العقد ، ولذا قرر الفقهاء أن كل عقد معاوضة مالية - مشروط بالسلامة ضمنا أو دلالة .

على أن هذا الخيار ثابت بالادلة الشرعية النصية منها : قوله - صلى الله عليه وسلم - " لا يحل لمسلم باع من أخيه ببيعنا وفيه عيب ، الا بينه له " وقوله - صلى الله عليه وسلم - " من غشنا فليس منا " وكتمان العيب غش ، وهذا يفيد التحريم (١) .

وأیضا ، قوله - عليه الصلاة والسلام : " من اشترى شاة مصراة ، فهو بخير النظرين ، ان شاء أمسك ، وان شاء رد ، ورد معها صاعا من تمر " وثمة أحاديث كثيرة في هذا المعنى وان اختلفت لفظا ، ولا سبيل الى حماية التعاقد المضرور بسبب ظهور العيب ، الا منحه حق الفسخ ، حماية له لاختلال رضاه .

هذا ، وانما اختل رضاه بظهور عيب يوجب نقصا في مالية المحلل لان مقصود المتعاقدين في المعاوضات المالية ، تحقيق مقاربة التساوي بين البديلين ، والنقص في المالية ينافي هذا القصد بداهة ، ويلحق الضرر بالمتملك ، فضلا عن احتمال فوات غرضه الصحيح منه .

شروط خيار العيب :

١ - أن يكون العيب قائما بالمحل عند التعاقد ، أو قبل التسليم ، فيكون في ضمان البائع أو المملك ومسئوليته ، بخلاف ما لو حدث بعد التسليم فيكون في ضمان المشتري ومسئوليته ، لحدوثه في ملكه وحوزته ، فلم يكن

له حق في رده ، لانه طارىء لا قديم ، ولان الممتلك قد استلم المعقود عليه سليما ، فصح العقد ، ولزم ، لتوفر شرط السلامة .

٢ - أن يبقى العيب قائما في المعقود عليه الى وقت الفسخ ، حتى اذا زال قبل ذلك ، لم يكن شمة مصلحة له في فسخه ، فلا يجوز ، لعدم تحقق مناط حكم الفسخ .

٣ - ألا يكون الممتلك قد اشترط البراءة من عيب معين ، أو من عيوب معينة أو من العيوب مطلقا ، مما كان موجودا في المعقود عليه قبل القبض حتى اذا ظهر عيب من ذلك ، فلا يكون له الرد ، ان باشتراطه البراءة تبين أنه رضي بالعيب ، فلا اختلال لرضاه ، فينتفي الخيار بانتفاء سببه .

٤ - ألا يكون الممتلك قد اطلع على العيب وقت التعاقد أو قبل القبض حتى اذا كان عالما به عند ذلك ثم أقدم على التعاقد ، كان ذلك أمانة على رضاه به متعيبا ، ولا خيار مع سلامة الرضا عند التسلم .

٥ - أن يكون العيب مما ينقص من مالية المعقود عليه ، أو يفوت غرضا صحيحا للممتلك ، عند أهل الخبرة (١)

مجال خيار العيب :

يتحدد مجال خيار العيب ، باعتباره يوجب نقضا في مالية المعقود عليه ورده الى الممتلك ، بعقود المعاوضات المالية التي محلها عين معينة بالذات (من القيميات) ان هي التي يتأتى فيها الرد ، ذلك أن البائع ملزم

(١) - لم تمكن من التوسع في بحث الخيارات أكثر من ذلك لمحدودية

الصفحات المقررة في القوانين واللوائح الجامعية .

البدائع - ج ٧ - ص ٣١٨ - ص ٣٢٧ -

فتح القدير - ج ٥ - ص ١٨٢ - ص ١٨٣ .

بتسليم عين معينة بذاتها دون غيرها ، فاذا ظهر فيها عيب ، كان للمتعلمك أن يرد هذه العين ، ويفسخ العقد ، بخلاف ما اذا كان المحل من المثليات التي تثبت أوصافا في الذمة ، ان لا يلزم البائع مثلا بتسليم عين معينة منها ، بل من مثلها ، مما يتحقق فيه الوصف ، فاذا انتفى الوصف ، انتفى المحل و صفا ، وللمشتري أن يرفض الاستلام ابتداءً ، ان ليس هو الذي تم التعاقد عليه .

فتلخص أن مجاله عقود المعاوضات المالية التي محالها أعيان مشخصة معينة بالذات ، من مثل عقد البيع ، وعقد الاجارة اذا كان محلها دار معينة للسكنى مثلا ، وعقد القسمة اذا كان المقسوم فيه قيميا ، وعقد الصلح اذا كان البديل عينا مشخصة ، وعقد المقايضة التي يكون فيها البدلان ، المبيع والشن ، من الاعيان المعينة بالذات ، كضراء أرض بسيارة مثلا ، فهذه يتصور فيها خيار العيب .

حكم العقد مع خيار العيب :

يظهر أثر العيب في لزوم العقد ، فيكون غير لازم ، ولكنه لا يؤول على نفاذه ، فتترتب آثاره عليه ، بالعقد نفسه كما لو كان لازما . ان لا أثر للزوم وعدمه على النفاذ ، وعلى هذا ، فالعقد الذي ظهر عيب في محله ، عقد صحيح نافذ ، ولكنه غير لازم بالنسبة للمتعلمك الذي كان للعيب أثر في اختلال رضاه ، دون المالك . ان العقد لازم في حق هذا الاخير ، منذ انشائه ، لسلامة رضاه .

هذا ، وعدم اللزوم يورث المتعلم الذي اختل رضاه ، الخياريين

أمرين :

أولهما : فسخ العقد ورد محله المعيب الى صاحبه فيبطل العقد ، ويصبح

كأن لم يكن ، واسترداد العوض ان كان قد دفعه الى الطرف الآخر ما لم يمنع من الرد مانع من الموانع التي يتعذر معها الرد ، فيسقط الخيار ويلزم العقد ، وسنأتي على ذكرها .

الثاني : امساك الممتلك المعقود عليه ، ورضاه به بكل ثمنه ، صراحة أو دلالة ، على الرغم من قيام العيب فيه ، ويصبح العقد حينئذ لازماً في حقه كما هو لازم في جانب المملك منذ انشائه .
هذا ، ولا خيار للمتلك في هذه الحال ، بين امساك المعقود عليه المعيب ، وبين نقصان الثمن ، بقدر ما نقص من قيمته ، أثراً للعيب فيه ، لان العيب وصف تابع للمعقود عليه ، لا يقابله شيء من الثمن ما لم يرض المملك من تلقاء نفسه بدفع قيمة النقص في نظير عدم رد المعقود عليه المعيب ، فانه يجوز ، ويعتبر ذلك خطأ من الثمن بمحض رضاه وهو جائز مشروع (١) .

وهذا مذهب الحنفية ، خلافاً للحنابلة الذين ذهبوا الى أن للمتلك الخيار بين امساك المعقود عليه المعيب ، والرجوع بالنقص على المملك ، الزاماً وقضاءً ، فيقوم المحل سليماً ، ثم يقوم معيباً ، والفرق بينهما ، يسمى نقصاً أو أرشاً ، فيحط من الثمن بقدره ، شاء المملك أم لم يشأ (٢) ، وهو الاضح .
هل يتوقف فسخ العقد بالعيب ، على رضا الطرف الاخر أو على حكم القاضي :

يفرق في حكم هذه المسألة بين حالين :

الاولى : قبل تسليم المعقود عليه المعيب ، فلا يتوقف الفسخ على رضا ولا قضاء به .

(١) - مجمع الانهر - ج ٢ - ص ٥٢ . فتح الوهاب شرح نهج الطبس لاب

ج ١ - ص ١٧٢ .

(٢) - الاقناع - ج ٢ - ص ٩٦ - ص ٩٩ .

الثانية : بعد تسليم المحل المعيب ، فلا بد من الرضاء أو القضاء بالفسخ ذلك ، لان المتملك يدعى فوات شرط السلامة ، وقد ينازعه الطرف الاخر في ذلك .

هذا ، ويشترط في نفاذ حكم الفسخ ، علم الطرف الاخر به .
الاسباب التي تمنع الرد بخيار العيب ، وتسقط الخيار .

- ١ - الرضا بالعيب بعد العلم به ، صراحة أو دلالة .
- ٢ - اسقاط الخيار صراحة ، كأن يقول أسقطت حقي في الخيار ، أو دلالة بأن يرى الطرف الآخر من العيب .
ولا حق للمتلك في الرجوع بالنقصان في هاتين الحالتين عند الحنفية خلافا للحنابلة ، كما قدمنا .
- ٣ - هلاك المحل كلياً أو جزئياً ، لتعذر الرد ، أما في الاول ، فلان المحل معدوم ، واما في الثاني ، فلتفرق الصفة على الطرف الآخر .
- ٤ - تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد المتلك بعد قبضه فضلاً عن العيب القديم ، ان يتعذر في هذه الحال ، رد المعقود عليه ، على الحال التي كان عليها وقت التعاقد ، فيسقط الخيار ، ويلزم العقد ، ولكن للمتلك الرجوع بما يقابل النقصان ، اثرًا للعيب القديم على الطرف الآخر ، سواء أكان حدوث العيب الجديد ، بأفسدة سماوية ، أم بفعل اجنبي وكذلك اذا كان بفعل المتلك (١) ، لان الطرف الاخر لا يجبر على قبول الرد بالعيوب الجديدة .
- ٥ - زيارة محل العقد زيارة متصلة غير متولدة من الاصل ، كزراعة الارض ،

(١) - غير انه اذا حصل الهلاك أو التعيب بفعله قبل اطلاعه على العيب كان له الرجوع بالنقصان .

أو غرسها ، وكعزل القطن ، أو ترميم الدار ، وكذلك اذا كانت الزيادة
مفصلة متولدة عن الاصل ، كالثمر ، وولد الحيوان ، فانها تمنع الرد ،
بسبب هذه الزيادة ، غير أن للمتملك في الحالين الرجوع على الطرف
الاخر ، بالنقضان .

وتعليل ذلك في الحالة الاولى ، أن في رد المعقود عليه الى مالكه
مع الزيادة المتصلة ، دون مقابل ، شبهة الربا .

وفي الحالة الثانية ، لو رد المعقود عليه ، دون الزيادة ، لتملكها
الطرف الاخر دون مقابل ، ولو ردت مع الزيادة لملكها مالك العين دون مقابل
ايضا ، وفي الحالين شبهة الربا ، فامتنع الرد لذلك ، ولزم العقد .

وامتناع الرد في هذه الاحوال للاسباب التي ذكرنا ، معناه سقوط
الخيار ، ولزوم العقد .

هل يسقط خيار العيب بموت صاحبه ؟

لا يسقط ، بل يورث ، ويقوم الوارث مقام مورثه . ، في هذا الوجه
فان شاء فسخ العقد ، ورد المعقود عليه الى مالكه ، واسترد البند
تبيطل العقد ، وان شاء أسك المعقود عليه المعيب ، ورضي به ، بكل
الشن ، أو مع الرجوع بالنقضان في بعض الحالات التي اشربنا اليها ، فيلزم
العقد في حقه ، وتعليل ذلك ، أن هذا حق مالي وليس مجرد رغبة
ومشيئة ، لان سلامة المعقود عليه من العيب ، أمر يتصل بماليتها ، أو قيمته
المالية ، من حيث الكمال والنقص ، والوارث يخلو عن مورثه فسي
حقوقه المالية اجماعا .

البحث الرابع

خيار التعيين

التعريف به :

هو حق للمالك - كالمشتري - يثبت في العقد الذي محله واحد غير معلوم من شيئين أو ثلاثة معلومة ، باشرطه فيه صراحة بحيث يكون له بمقتضاه سلطة في أن يختار واحدا منها ، ليصبح معلوما بعد أن كان مجهولا .

واضح من هذا التعريف ، ان " خيار التعيين " ثابت استثنائا من القياس العام في العقود والذي يقضي بوجوب أن يكون محل العقد معينا معلوما كشرط للانعقاد ، يبطل العقد بفواته ، كما بينا ، وهذا ما ذهب اليه الحنفية والمالكية ، مستندين في هذا الاستحسان إلى الحاجة والعرف ، مما ينهض بحكمة تشريعية .

ووجه الحاجة ، أن الانسان قد يفتقر في البياعات إلى التروي واستشارة أهل الخبرة ، لما يلتبس عليه اختيار الاوفق والارفق (١) من أشياء متفاوتة الصفة والثلث ، أو يكون ممن لا يستطرق الاسواق ، ولا يتردد عليها عادة ، لقلّة خبرته ، أو ضيق وقته ، فيرسل نائبا عنه يتولّى شراء حاجاته ، فتمس الحاجة إلى استطلاع رأي أهل الخبرة أو رأى هذا الاصيل فيما يرغب في شرائه من أمور متعددة مختلفة الصفة والمميزات ، فخشية أن تفوت الصفة ، شرع حق التعيين هذا اجتهادا ، سدا للحاجة الماسة إلى ذلك ، وهذا الخيار يلتقي مع خيار الشرط من حيث حكمة التشريع التي تقوم على الحاجة إلى التروي والاستعانة بأهل

(١) - رد المحتار - ج ٤ - ص ٥٨٥ - ابن عابدين .

الخبرة ، وحكمة التشريع هي قوام روح الشرع ، ومقصد المشرع .

مشروعية خيار التعيين :

لم يرد في خيار التعيين نص خاص ، كما ورد في خيار الشرط وخيار الروية مثلا ، وإنما تقوم مشروعيتها ، على أساس التيسير ودفع الحرج في التعامل ، وهو مصلحة حاجية تصلح مبنى للحكم الشرعي إذا لم يسرد في الشرع ما يلغئها أو ينافيها ، حتى إذا أضفنا الى ذلك " العرف " تأيد أصل المشروعية به ، ما دام لا يعارضه في الشرع دليل اقوى وخاص في موضوعه ، وكل ما لم يرد فيه نص في العقود والتصرفات يصار فيه الى العرف . هذا ، وتلمح في استدلال الحنفية على مشروعيتها ابتناءً على القياس على خيار الشرط ، لوحدة المصلحة أو المناط الذي هو سند الاستحسان من القياس العام ، كما أشرنا ، والاستحسان حجة فسي الاستنباط فيما لا نص فيه على الاضح ، فضلا عن القياس الخاص .

وعلى هذا ، فالاساس الفقهي لهذا الخيار ، القياس الخاص على خيار الشرط ، أو الاستحسان القائم على العرف .

وزهد الشافعية والحنابلة الى عدم مشروعية خيار التعيين ، استدلالا منهم بالقياس العام ، ان من شروط انعقاد ان يكون محل العقد معلوما وقت التعاقد ، لان الجهالة تبطله ، وخيار التعيين يرد في عقد محله واحد غير معين وقت التعاقد ، فلم يصح لذلك

ولكن يتجه على هذا النظر ، ان محل العقد وان كان مجهولا في هذه الحال عند التعاقد ، فتمة معينة ، للتروى ، وتحقيقا للرضا الكامل ، وتحصيلا للمصلحة ودفع الحرج ، غير أن مآله " التعيين "

(١) - المغني - ج ٤ - ص ١١٨ - ابن قدامة - نهاية المحتاج - ج ٣ - ص ٩٤

بعد ذلك وهذا لا يضر ، نظرا لما يترتب عليه من مصلحة جديدة مشروعسة عامة وراجعة ، بدليل جريان العرف بذلك ، والعرف في التعامل معتبر اذا لم يصادف دليل خاص بموضوعه في الشرع وأقوى منه ينفيه ، ولم يوجد نعم ورد في الشرع النهي عن الفرر للجهالة ، ولكن هذه الجهالة سوقية ويسيرة غير فاحشة ، ولا تفضي الى النزاع عادة ، فلا تفسر في حكم النهي لانقضاء الفرر .

هذا ، ووحدة المناط أو المصلحة بين هذا الخيار وخيار الشرط بينة ، تؤيد مشروعيته بالقياس الاصولي الخاص ، وهو حجة عند الاثمة الاربعة ، كما تعلم ، .
صورة خيار التعيين :

وتوضيحا لمضمون خيار التعيين ، أن يقول البائع للمشتري ، بعثك هذه السيارات الثلاث ، الاولى بمبلغ كذا ، والثانية بكذا ، والثالثة بكذا على أن تختار أيها شئت ، . في غضون ثلاثة أيام ، على رأى الامام ، أو في غضون شهر مثلا ، على رأى الصاحبين ، والمالكية ، وقبل المشتري ، صح العقد والشرط ، ويكون المبيع واحدا لا بعينه ، من هذه السيارات الثلاث المعينة ، ذاتا ووصفا وثمنا ، والافتاوة جودة ورداءة ، حتى اذا استلمها المشتري ، كانت احداها لا بعينها ، مبيعة ومضمونة ، ويتعين ملكه فيها ، والاخران امانة في يد المشتري ، لانه استلمها باذن مالكة لا على وجه التمليك ، فاذا اختار احداها في المدة المعينة وثمنها المحدد لها ، تعينت محلا للعقد ولزم ، ان باختياره هذا يتحقق شرط الانقضاء ، وهو العلم بمحل العقد كمالا (١) .

(١) - رد المحتار - ج ٤ - ص ٥٨٥ وما يليها - ابن عابدين - فتح القدير
ج ٥ - ص ١٣٨ - ص ١٤١ - تبين الحقائق - ج ٤ - ص ٢١ وما يليها
المبسوط - ج ١٣ - ص ٥٤ .

العقود التي يجرى فيها خيار التعيين :

لا يجرى هذا الخيار الا في عقود المعاوضات العالية التي تنقل الملك في الاعيان المعينة بالذات كالبيع ، وما في معناه ، فتحدد نطاقه بذلك ، لثبوته استحسانا وعلى خلاف القياس فلا يتوسع فيه .

وعلى هذا ، لا يجرى هذا الخيار في المعاوضات التي محلها والمنافع ، ولا في عقود التبرع . هذا ، ولا يثبت الا للمتلئ كالمشترى ، لتحقق حكمة التشريع فيه وحده ، دون المطلق كالبائع ، لان حكمة التشريع ، أساس مشروعيتها ، كما علمت حتى اذا انتفت ، كما هو الشأن في البائع ، انتفت مشروعيتها وعاد الى الاصل للمعام الذي يقضي بهطلان العقد ، لجهالة محله وقت التعاقد .

وانما تنتفي حكمة التشريع في هذا الخيار بالنسبة للبائع أو من في معناه من قبل أن الاعيان التي يريد بيعها قائمة في يده ، ويمكنه أن يتروى فيما يختار بيعه قبل الاقدام على البيع ، بخلاف المشتري .

على أن ثمة اجتهادا عند الحنفية في صحة هذا الخيار بالنسبة للبائع أيضا ، قياسا على المشتري (١) ، وهو ضعيف ، ان الحاجة التي ذلك بالنسبة للبائع ، نادرة ، فلا تقوى على مخالفة القياس العام من وجوب التعيين وقت التعاقد ، لضعف المصلحة ومحدوديتها . هذا ، ودليل ندرتها عدم جريان العرف بها .

(١) - فتح القدير - ح ٥ - ص ١٣١ وما يليها ، - نهاية المحتاج ح ٣ - ص ٩٣ - تبين الحقائق - ح ٤ - ص ٢١ الحطاب - ح ٤ - ص ٤٢٣ - ص ٤٢٥ .

شروط خيار التعيين :

تتوقف صحة خيار التعيين على الشروط الآتية :

أولا : ألا يزيد عدد الأشياء المعينة التي يجزئ الخيار بينها عن ثلاثة لأنها تشتمل على الجيد والوسط والردى* ، ولا حاجة لجريانه في أكثر من ذلك ، لأن هذا الخيار ثبت للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها .

ثانيا : أن يحدد ثمن كل منها على حدة ، نفيا للجهالة في الثمن المفضية الى النزاع المحرم .

ثالثا : أن تكون هذه الأشياء الثلاثة المعينة متفاوتة في الصفة من الجودة والرداءة ، وهذا يستلزم التفاوت في الثمن كذلك لأن اشتراط هذا التفاوت ، ما تقتضيه طبيعة الخيار ، إذ لو كانت متساوية في ذلك ، لما كان لهذا الخيار معنى ، ولا موضوع بل ولما دعت الحاجة التي هي أساس مشروعيته الى ذلك .

رابعا : أن تحدد المدة التي ينبغي أن يجزئ الخيار خلالها ، وان اختلف الحنفية في مداها ، نابو حنيفة يحددها بثلاثة أيام اعتبارا بخيار الشرط ، بينما الصا حبان يتركان التحديد لاتفاق المتعاقدين ؛ طال المدة أم قصرت .

أما المالفة ، فتختلف المدة عندهم تبعاً لاختلاف طبيعة محل العقد على النحو الذي رأينا في مدة خيار الشرط ، في اجتهادهم . هذا ، والقول بعدم التحديد فيه ضرر بالبائع من غير مسوغ يوجبه ، والضرر منفي في الشرع ، فوجب التحديد .

حكم العقد مع خيار التعيين :

اختلف الفقهاء في حكم العقد مع هذا الخيار .

فذهب فريق منهم الى أن أثر خيار التعمين ينصب على لزوم العقد فيجعله غير لازم ، فيكون لمن يملك هذا الخيار ، أن يضي العقد ، بأن يختار واحدا منها ، أو ينقضه ويفسخه ، ويرد الاشياء المخير فيها جميعا الى صاحبها .

والفسخ هنا ، لا يتوقف على قضاء القاضي ، ولا على رضا الطرف الآخر .

على أن هذا الفريق قد وقع الاختلاف بينهم أيضا ، فبعضهم يرى أن عدم اللزوم هو أثر تمحض لخيار التعمين ، ومن ثم لا يشترط اقتترانه بخيار الشرط ولا هو متضمن له ، بينما يرى الآخر ، أن عدم اللزوم ليس أثرا متمحضا لخيار التعمين ، بل هو أثر لخيار الشرط الذي تضمنه هذا الخيار (١) .

هذا ، وشمة فريق ثان يرى أن العقد لازم ، ولا أثر لهذا الخيار على لزومه ، فلا يملك المشتري بالتالي أن يفسخ العقد ، ويرد الاشياء الثلاثة المخير فيها على صاحبها ، وإنما ينحصر أثره في التعمين فقط فيجبر على الاختيار .

وعلى هذا ، فالعقد نافذ لازم ، في حق المشتري ، على الرغم من قيام هذا الخيار وإنما أثره في وجوب أن يختار واحدا منها ، محلا للتعمين لئلا يميز عن غيره ، فيصبح متعينا معلوما ، ويتعين ملكه فيه وتزول بذلك هذه الجهالة اليسيرة (٢) الموقوتة .

(١) - فتح القدير - ج ٥ - ص ١٣٠ - تبين الحقائق - ج ٤ - ص ٢١

المبسوط - ج ١٣ - ص ٥٤ - نهاية المحتاج - ج ٣ - ص ٩٤

البدائع - ج ٥ - ص ٢٧٤

(٢) - المراجع السابقة .

أما بالنسبة للمالك كالبائع فالعقد لازم في حقه اتفاقا .
وعلى أى حال ، فان خيار التعيين ، لا أثر له على نفاذ العقد
بالاتفاق ، فالعقد معه صحيح نافذ ، تترتب آثاره عليه ، من انتقال
الملك في واحد لا بعينه ، ولكنه ملك غير لازم عند جمهور الحنفية ، أشرا
لخيار التعيين ، حتى اذا مارسه صاحبه ، بأن اختار واحدا
منها ، تعين هذا الذى اختاره محلا للعقد مضمونا ، وانصب
حق الملك فيه بعينه ، وعليه ثمن المحدد له ، وأسس القائلون
للاثر له على نفاذ العقد ، لان العقد لازم ، وكان الباقي في يده أمانة ، لا
استلمها باذن مالكيها لا على وجه التطبيق الذى تصور في عقد البيع

حكم انقضاء مدة خيار التعيين دون ممارسته :

ذهب الحنفية الى أن انقضاء مدة خيار التعيين دون ممارسته
يوجب لزوم (٢) العقد ، فلا يملك صاحبه نقض العقد بعدئذ ، بل يلزمه
تعيين أو اختيار أحد الاشياء ، المخير فيها ، تميزا له عن ملك غيره .
وذهب المالكية ، الى أن انقضاء المدة دون ممارسة هذا الخيار
يوجب نقض العقد من أساسه ، فيجب على صاحبه أن يرد الاشياء
التي كان مخيرا فيها الى مالكيها جميعا ، وتسقط حقه في الخيار

(١) - البدائع - ج ٥ - ص ٢٦١ وما يليها .

(٢) - وهذا على رأى القائلين بأن أثر خيار التعيين هو عدم اللزوم
ولا يتأتى على رأى من ذهب الى أن العقد لازم ، ولا أثر لخيار
التعيين على هذا اللزوم .

الخطاب - ج ٤ - ص ٤٢٥ .

ضرورة ، لان نقض العقد يتضمن نقض كافة ما كان من مشتملاته .
ونرى أن الرأي الاول هو الراجح ، منعا من الاضرار بالبائع ، اذ قد
تفوت الفرصة عليه في صفقة اخرى ، بأن يبيعها من غيره ، ولا سيما اذا
لاحظنا أن المالكية لا يرون تحديد مدة خيار التعيين بفترة زمنية
وجيزة ، بل يتركون ذلك لما تقتضيه طبيعة محل العقد ، وقد يكون من
النقائص ذوات الاثمان ، كالسيارات مثلا مما يتطلب وقتا طويلا لاستشارة
أهل الخبرة ، لان خيار التعيين يجرى في ذوات القيم الطائلة غالباً
ومن هنا نجت حكمة مشروعيته ، والا فان التافه اليسير القيمة لا يستوجب
مثل هذا الخيار عادة ، للتروى ، واستطلاع رأى أهل الخبرة .

وانا كان اهمال من له الخيار في ممارسته خلال المدة المعينة ، والكافية
من شأنه الاضرار بالبائع ، فمن البدهي ، أن خيار التعيين لم يشرع
أصلاً ليكون وسيلة للاضرار بأى من طرفي العقد ، ولا ريب أن التخصير
أو الاهمال الذى ينتج عنه ضرر بالغير ينبغي ألا يعفى صاحبه من
المسؤولية ، لانه ضرب من التعسف في استعمال الحق على وجه سلبي
وهو ممنوع ومحرم شرعا ، لذا نرى أن على المقصر تبعه تقصيره ، وخسیره
جزاء على ذلك ، هو الزام بالعقد ، ووجوب تعيين المعقود عليه
دفعاً للضرر عن البائع ، وهو ما انتهى اليه اجتهاء جمهور الحنفية .
ما يسقط به خيار التعيين :

يسقط هذا الخيار بأحد الامور التالية :

أولا : اختيار المتلك كالمشترى ، أحد الامور المخير بينها صراحة
أو دلالة .
أما صراحة فكان يقول اخترت أو قبلت أو رضيت هذا الشيء .

وأما دلالة ، فكأن يتصرف في احدها تصرف المالك قوليا ، فيخرجه عن ملكه ، ببيع ، أو يرتب عليه حقا للغير يتعارض مع حق المالك كالرهن والاجارة .

أو يتصرف فيه تصرفا فعليا ماديا ، كأن يكون منزلا فيسكنه ، أو سيارة فيسافر فيها ، فيتعين ما اختاره محلا للعقد ، ويلزم ، كما يتعين ملكه فيه وعليه ثمنه المحدد في العقد ، ويسقط بذلك حق الخيار ، ويرد الباقي الى مالكه .

ثانيا : هلاك أحد الامور المخير بينها ، بعد القبض ، عند التملك كالمشترى ، فيتعين الهالك محلا للعقد ، وعليه ثمنه ، ويسقط الخيار ، ولأنه في ضمانه .

وهذا بخلاف ما اذا كان مخيرا بين اثنين مثلا ، فهلك احدهما في يد المملك كالبائع ، قبل تسليمه ، فان للمشترى خيار الوصف ، لا خيار التعيين ، لسقوطه ضرورة ، ان لم يبق له محل ، فهلاك أحدهما تعين الآخر محلا للعقد ، وبالنظر لفوات الوصف في العقود عليه ، ان كان واحدا لا بعينه ، فاصبح واحدا بعينه ، يثبت للمشترى الخيار في أن يأخذه بثمنه ، أو يرده ، وبذلك يسقط خيار التعيين فسي هذا الحال ، ضرورة ولزوما ، لا قصدا واختيارا (١) .

ثالثا : تغيب احدهما ، لان التعيب في حكم الهلاك الجزئي ، فيتعذر رده على الصفة التي كان عليها وقت التعاقد ، فيتعين هذا محلا

- البدائع - ح ٥ - ص ٢٦١ - ص ٢٦٢ .

(١) البدائع - ح ٥ - ص ٢٦١ - ص ٢٦٢ .

للعقد ضرورة لا اختيارا ، ويرد الباقي الى صاحبه ، لانه امانة
في يده ، كما أسلفنا ، وذلك ينتهي هذا الخيار في هذه الحال .
رابعا : مضي العدة المعينة في العقد ، يسقط هذا الخيار ، فيلزم
العقد (١) على الراجح .

وراثه خيار التعيين :

لا ينتهي خيار التعيين بموت صاحبه ، بل يورث (٢) ، ولكن
يصبح العقد لازما في حق الورثة ، بعد أن كان غير لازم في حق مورثهم
وهو ما أشار اليه الكاساتي (٣) .

وتعليل ذلك ، أن هذا حق يتعلق بالملك الثابت للمورث ، والوارث
يخلفه فيه ، فكان عليه تعيينه ، ليمتد عن ملك غيره ، وبهذا يختلف عن
خيار الشرط الذي هو مجرد رغبة وشيئة .

والفارق بين المورث والوارث في هذا الحق ، أن العقد بالنسبة
للمورث غير لازم ، فله أن ينقض العقد ويرد الاشياء جميعا الى صاحبها
بخلاف الوارث ، فان العقد يلزم في حقه بموت مورثه ، فلا يملك

(١) - البدائع - ج ٥ - ص ٢٦١ - ص ٢٦٢ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - اذ يقول - رحمه الله - : " ولا يبطل هذا الخيار بموت المشتري

بل يورث ، بخلاف خيار الشرط ، لان خيار التعيين انما يثبت
للمورث لثبوت الملك له في احدهما غير عين ، وقد قام الوارث مقامه
في ذلك الملك ، فله أن يختار أيهما شاء دون الآخر ، الا أنه
ليس له أن يردهما جميعا ، وقد كان للمورث ذلك " .

البدائع - ج ٥ - ص ٢٦٢ .

نقض العقد ، ورها جميعاً ، بل يجعله تعيين محل العقد ، ليتعين ملكه فيه .

هذا ، ويمكن تفسير لزوم العقد بالنسبة للوارث ، أيضاً ، بأن خيار التعيين يتنازل عن خيار الشرط ، عند جمهور الحنفية ، فكان - في الواقع - خيارين ، وبالموت يسقط خيار الشرط ، لأنه لا يورث عندهم ، فيلزم (٢٠١) العقد ، ويبقى خيار التعيين ، في حق الوارث ، واجبا ، مسع لزوم العقد ، فعليه أن يختار احدها ، محلا للعقد ، وليتعيين ملكه فيه ، فيتميز عن ملك غيره ، وليس له نقض العقد ، وردها جميعاً ، لما قدمنا ، من لزوم العقد في حقه (١) .

الفصل السادس

عيوب الرضا (١)

الايحزاب والقبول - كما أشرنا - مظهر للرضا النفسي لكل من العاقدين ومطابقة لقيامه ، فان تحقق توافقهما ، دل ذلك على أنهما تعبير واضح عن الرغبة الحقيقية لكل منهما ، وافصاح سبين عن قصديهما ، كمالا ، دون مكرر نغص أو خلل ، وهذا هو التراضي الحقيقي أساس التعاقد الصحيح المنتج .

غير أن الرضا بالنسبة إلى أحد العاقدين ، قد يقوم على أساس وهمي غير حقيقي ، من الغلط ، أو التدليس والتفجير ، أو الغبن الفاحش . حتى إذا أدرك العاقد عدم التطابق بين ما كان يتصوره في ذهنه حين رضي بالعقد ، وبين هذا الأساس الوهمي ، ظهر له أن رضاه وان كان قائما وقت التعاقد ، لكنه ولد معيبا منذ نشوئه ، وتكوينه ، بالنظر لما اعتراه من شائبة الغلط ، أو التدليس والخداع ، أو التقدير غير الصحيح للشئ ، مما يورثه خللا .

ولا ريب أن الرضا المعيب قائم بالفعل وليس معدوما .
ويظهر ذلك في عيوب (١) الرضا لا تعدوه ، بل تورثه خللا فحسب .
وإفصاحا غير كاملا .

(١) - يطلق بعض الفقهاء على عيوب الرضا ، شوائب الإرادة ، أو عيوب العند ، ويقصد بكل أولئك ما يختل به الرضا ، من توهم تلقائني الغلط ، أو إيهام وخداع من الغير ، كالتدليس أو التفجير عند تكوينه ، أن وقت التعاقد ، فيولد الرضا معيبا .
وإفصاحا غير كاملا .

وانما محل النزاع في معيار اليسير والفاخر من الفبن ، فيما لم تعرف قيمته الحقيقية ، فيحتاج حينئذ الى التقويم .

هذا ، والفقهاء لم تتفق كلمتهم في تجديد هذا المعيار ، ان لم يرد في الشرع دليل خاص ينهض بتحيده .

فذهب الحنابلة والشافعية ، الى تحكيم العرف العادة في تحديده معيار كل منهما ، ما دام لم يرد من الشارع دليل خاص بهذا التحديد فقالوا ، ان اليسير هو ما يتفان الناس في الاداء به ، وكما انهم يترحمون ، واهم يتسامحون في هذا النوع من الفبن ، أو يجدون مشقة فسي التخلص منه في معظم معاملاتهم وعقودهم ، اولان طبيعة التعامل نفسها ، تقتضي هذا التسامح . ذلك هو الاصل .

اما الفاخر فهو الاستثناء ، ان هو ما لا يتفان الناس فيه عادة (١) .

وذهب جمهور الحنفية ، الى أن الفبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم القوميين ، من أهل الخبرة والبصر بشؤون البياعات في الاسواق ، وبالسلع وأشائها (١) .

والفبن الفاخر فهو ما لا يدخل تحت تقويم القوميين ، زيادة

(١) - وهذه الخبرة مكتسبة من دراستهم بالصناعة ، أو الزراعة أو التجارة ، ومن كثرة ترددهم على الاسواق ، ووقوفهم على توجع الاسعار فيها .

أو نقضا (١) .

وتفسير هذا المعيار عند جمهور الحنفية ، أن المقيمين (الخبراء) يضعون حدا أعلى ، وحدا ادنى لثن السلعة ، فاليسير هو ما كان متراوحا بينهما ، لا يتعدى أيهما علوا أو انخفاضا ، حتى اذا جاوز الحد الاعلى ، كان غينا فاحشا في حق المشتري واذنا تدنى عن الادنى ، كان غينا فاحشا ضارا بالبائع (٢) .

(١) - المغني - ج٤ - ص ٩٢ - ابن قدامة - الشرح الكبير - ج٤ - ص ٢٤٠ .

لابي الفرج - الخطاب - ج٤ - ص ٤٧١ . - البدائع - ج٦ - ص ٣٣٠ .

البحر الرائق - ج٧ - ص ١٦٩ - رد المحتار - ج٤ - ص ١٥٦ .

الفتاوى الاتقردية - ج١ - ص ٢٥٨ .

(٢) - فاذا بيعت دار (بمائة الف) مثلا وقومها أهل الخبرة بمائة وعشرين

الفا ، في حدها الاعلى ، وتسعمائة ألف ، في حدها الادنى ، فالغبن

يسير ، لان الالف فائز بينهما ، لا تتعدى أيهما علوا وانخفاضا ،

بخلاف ما اذا كان تقويمها بمائة وعشرين ألفا ، في حدها الادنى ، ومائة

واربعين ألفا في حدها الاعلى ، فان الغبن فاحش ، لان الالف قد جاوزت

الحد الادنى ، تدنيا ، فكان هذا غينا فاحشا بالنسبة للبائع ، وكذلك

لو بيعت بمائة وخمسين ^{الف} ، فالغبن فاحش ، لانه تجاوز الحد الاعلى

والمغبون هو المشتري في هذه الحال .

والمعياران عند الفريقين متقاربان - كما ترى - لان مالا يتغابهن الناس فيه عادة ، كما يرى الحنابلة والشافعية ، تحكيم لما يستقر عليه العرف التعاملي من النسبة زيادة أو نقصا ، بناء على السير التلقائي الحر ، والخبراء يعتمدون هذا الاصل في تقديرهم لاشمان كل نوع من السلع .

غير أن الخبرة تبدوا اكثر دقة في تقدير ذوات القيم الطائلة التي قوامها مواصفات دقيقة صناعية وفنية ، أو هندسية ، كما هي السيارات والآلات الضخمة ، والاجهزة الكهربائية ، وكما في الابنية والعمارات فسي ايماننا هذه ، ان الخبرة العلمية المتخصصة هي التي ينبغي أن يحتكم اليها وحدها ، لتلعب دورها في هذا التقدير العادل الذي يعجز غيرهم عن ابداء الرأي فيه ، ان المفروض أن محل النزاع هو ما لا قيمة له معلومة في السوق ، أو للناس ، ليصار الى اعتمادها معيارا سائدا (١) ، تراضى الناس طواعية على التعامل على أساسها ، كما قدمنا .

هذا ، والخبرة أضحت اليوم عنصرا هاما من عناصر العدل فسي التقييم أو التسعير ، لتعقد الحياة نتيجة للتقدم العلمي والتقني في وسائل الصناعة ، والتجارة ، والزراعة ، ما يفتقر الى التخصص العلمي الدقيق للوقوف على طبيعة خاماتها ومواصفاتها ، وتقدير

(١) - نعود فنذكر ، أن القيمة المعلومة السائدة التي تصلح معيارا عادلا تلك التي لم تكن نتيجة افتعال ، أو احتكار ، أو تواطؤ بين التجار للاستغلال أيام الازمات ، والا فان أهل الخبرة يتدخلون لتقييم السلع على أساس القيمة الحقيقية مع نسبة معينة من الربح المعقول رفعا للضرر عن العامة ، وهو واجب شرعا ، على النحو الذي رأينسا في التسعير الجبري .

أشائها التي تختلف باختلاف مصادر الصناعة في العالم ، جودة واحكامها
حماية للناس من استغلال عدم خبرتهم ، وهو معنى الاسترسال السدى
أشار اليه الفقه الحنبلي (١) .

٢٠٨) الغبن اليسير- في اجتهاد جمهور الحنفية - أساسه الاحتمال

زيادة أو نقصا ، لا اليقين ، ومع الاحتمال لا يتحقق الغبن الفاحش

المؤثر :

يفهم من فقه جمهور الحنفية ، فيما يتعلق بتحديد يدهم لمعيار اليسير
والفاحش من الغبن ، أنه اذا اندرج الغبن تحت تقويم أهل الخبرة
كان غبنا احتماليا ، ان ليس ثمة ما يقطع بأنه فاحش ، ولذا أسموه يسيرا
وجعلوه مفتعرا غير ذي أثر على العقد ، ان لا قطع مع قيام الاحتمال ، فيصار
الى الاصل في التبايع ، وهو الحل والجواز ، وهو ثابت لا ينقض بالاحتمال
بخلاف ما اذا تعدى ذلك التقويم في حديه الاعلى والادنى ، بأن جاوزهما
طوا أو انخفاضا ، ان يتحقق الغبن الفاحش عندئذ ، بقرنية المجاوزة هذه
٢٠٩) أو الخروج عن المعتاد في نسبة الزيادة أو الانخفاض .

فتلخص أن الغبن الاحتمالي - في اجتهاد جمهور الحنفية - يسير
والفاحش ما كانت الزيادة فيه أو النقص ، متحققا بمجاوزة تقويم المقومين

(١) - يقول الامام احمد - رضي الله عنه - : " المسترسل هو الذي لا يحسن

أن يماكس (يفاضل) أولا يماكس اطلاقا ، فكأنه استرسل النسي

البائع ، وركن اليه ، فأخذ ما اعطاه ، من غير مأكسة ، ولا معرفة

بغبنه " - المعنى - ح ٤ - ص ٩٤ . هذا ، وقد افرد الحنابلة

للاسترسال بحثا خاصا في مصادر فقههم ، بعنوان " بيع المسترسل "

وتبين أن مرادهم هو الجاهل بقيمة السلعة ، وطى هذا فالنفس

بالنسبة للسلع المعقدة ، أو ذوات - القيم الطائلة مسترسلون .

علوا أو انخفاضا ، والاوّل جائز مغتفر ، عملا بأصل الحل الثابت السندي لا ينقض بالاحتمال ، والثاني استثناء غير جائز ، وموثر في صحة العقد (١) .

والحق أن تحديد معيار الغبن اليسير والفاحش ، اجتهادي في جميع المذاهب .

شروط الغبن :

- يشترط ألا يكون العاقد عالما بالغبن الواقع عليه وقت التعاقد فان كان عالما به ، ثم أقدم على التعاقد ، وأتمه ، كان راضيا بالعقد وآثاره ، وبذلك يكون رضاه سليما لا معيبا ، فيصح العقد ويلزم .
وذهب بعض فقهاء الظاهرية ، إلى أن الغبن الفاحش موثر بذاته سواء علم العاقد به أم لم يعلم ، لانه محرم في ذاته ، فتجب حمايته المضمون في كل حال (٢) .

(١) - هذا ، وثمة معايير اخرى ، تعرض إلى ذكرها الامام الكاساني بعضها نسبة ثابتة ، كنصف عشر القيمة الحقيقية ، وهو ما قال به الامام محمد بن الحسن ، ويرد عليه ، أن النسب متغيرة تبعاً لطبيعة السلع ، ويبلغ اثنانها ، ومقدار رواجها ، أو قوة الحاجة إليها وبعضها الاخر متفاوت ، بالنظر إلى اختلاف السلع ، ففي العروض التجارية ، نصف العشر ، وفي الحيوان العشر ، وفي العقار الخمس فاذا تجاوز ذلك كان فاحشا - المراجع السابقة -

(٢) - المحلي - ج ٨ - ص ٤٤٢ - لابن حزم .

حائز الغبن اليسير المجرد :

الاصل العام أن الغبن اليسير ، مفتقر غير مؤثر - كما قلنا - ان
النفور تتسامح فيه عادة ، فلا يؤثر بالتالي على سلامة رضا العاقد
فيصح العقد معه ، ويلزم .

غير أنه يستثنى من ذلك بعض العقود التي تتأثر بالغبن اليسير
من مثل عقد المدين المحجور عليه بدين مستغرق ، وعقد المريض -
الموت ، بيعا أو شراء ، فعقد هما موقوف على اجازة صاحب الشأن
فإن اجازة نفذ ، والا بطل (١) .

وتفسير ذلك ، أن تأثير الغبن اليسير استثناء من الاصل العام
الذي يوجب العقد ، بأن جعلهما موقوفين غير نافذين ، انما كان حماية
للمدين المحجور عليه في رضا أي من عاقيه ، فكان هذا ، في الواقع -
مجرد استثناء من الاصل العام من أن الغبن اليسير
غير مؤثر .

وايضا ، حق الدائنين في الاول ، وحق الورثة في الثاني ، قد تعلق
بمالية محل العقد وقيمته لا بعينه ، فكان الغبن في هذه القيمة مؤثرا
ولو يسيرا ، رعاية لحقهما فيها ، والعاقد انما يتسامح في حق
نفسه ، لا في حق غيره في القيمة كاملة .

- أضف الى ذلك أن المدين بدين مستغرق ، وكذلك المريض -
الموت ، تصرفاتهما مظنة المحاباة ، - كما تعلم - فكان الاحتياط

(١) - راجع المادة / ٣٩٤ / المجلة - الفتاوى الانقرهوية - ١ - ص ٢٥٨

في اعتبار اليسير من الغبن مؤثرا ، لمكان التهمة (١) .

حكم الغبن الفاحش المجرد :

اتفق الفقهاء على أن للغبن الفاحش المجرد تأثيرا على العفـود المتعلقة بمال اليتيم ، ومال الوقف ، ومال بيت المال ، ومال المحجور عليه ، لجنون أو سفه ، بيعا أو شراء ، أو اجارة ، استثناء من الاصل العام الذي يقضي ، بأن الغبن الفاحش لا يؤثر على التصرف الا اذا صحبه تفرير ، عند جمهور الفقهاء . - وتفسير ذلك ، أن ولاية الاوصياء والاولياء والقوام ، مقيدة برعاية مصلحة المولى عليهم ولذا كان الحق الذي منحوه في التصرف في اموال هؤلاء ، حقا وظيفيا لا شخصيا ، بمعنى أن المصلحة في التصرف تعود الى غير المتعاقد ، وليس من المصلحة أن يكون تصرفهم بعوض فيهم غبن فاحش ولو مجردا ، فيقع العقد غير صحيح ابتداء ، وهذا قدر متفق عليه .

(٢١٣) وايضا ، اذا كانت الولاية " على هؤلاء " مفيأة بالمصلحة التي هي أساس مشروعيتها ، فان ما ينقض هذا الاساس ، أن يكون التصرف منافيا لتلك المصلحة ، ذلك ، لان المقرر شرعا ، أن كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل ، ولا ريب أن التصرف بغبن

(١) - والحق الفقهاء بذلك ، ببيع الوصي من مال اليتيم ، لمن لا تجوز شهادته له ، كزوجته ، وابنه ، بغبن يسير ، لمكان التهمة ، كما ذكرنا ، رعاية لحق الغير ، لان التصرف تعود آثاره اليه لا الى الوصي .

فاحش ولو لم يصحبه تغرير ، يعود على أصل مشروعية الولاية بالنقض
لتنافيه مع المصلحة التي هي أساسها .

هذا ، وإذا كان الغبن الفاحش المجرد (١) مبدئيا لا يحول المغبون
حق الفسخ ، عند الجمهور ، فذلك ، لأنهم اعتبروه نتيجة تقصير منه ، والقصر
يتحمل تبعه تقصيره ، ولكن هذا بالنسبة لمن يقصر في حق نفسه لا حـق
غيره ، لذا كان الغبن الفاحش المجرد وحده مؤثرا في صحة التصرف فـي
أموال هؤلاء القاصرين ، لان مغبة التقصير ليستراجعة الى العاقد
من الوصي أو الولي أو القيم ، بل الى المولى عليهم ، ولا يجوز أن يتحمل
أحد مغبة تقصير غيره ، فكان الغبن الفاحش المجرد مؤثرا في التصرف
في أموال هؤلاء القصر المولى عليها ، استثناء من الأصل العام .

غير أن الفقهاء اختلفوا في مدى هذا التأثير أو الجزاء .

فذهب جمهور الحنفية الى أن العقد يقع فاسدا ، لصدوره من أهله
مضافا الى محله ، غير أنهم يرون ، أن من الممكن ازالة سبب الفساد
وذلك بأن يكمل الغابن القيمة الحقيقية ، فان فعل ، صح العقد ولم يـزـم
والا بطل ، وهذا هو الراجح في المذاهب الحنفي .

وذهب بعض فقهاء الحنفية الى القول ببطلان هذا العقد .

هذا وللمالكية رأيان في الجزاء :

أولهما : حق الفسخ للمغبون ، أو مطالبة الغابن بتكملة القيمة الحقيقية
يتخذ أيهما شاء .

الثاني : يعطى الغابن الحق في تكملة القيمة الى المغبون أولا ، فان

(١) - أى الذى لم يصحبه تغرير أو خداع .

أوفى المغبون حقه ، صح العقد ولزم ، وان رفض ، فللمغبون الحق في نقض العقد وإبطاله .

وهكذا ترى أن الحق منوح للقابن أولا ، فان نهض به ، فهبها ونعمت ، والا فالحق للمغبون في الفسخ والابطال (١) .

جزاء وأثر الغبن الفاحش المجرد ، في غير ذلك من العقود :

اختلف الفقهاء في أثر الغبن الفاحش المجرد على العقد فيما عدا العقود التي تتعلق بمال القاصرين ، على آراء :

الاول : بطلان العقد ، لما في الغبن الفاحش من تضييع المال واتلافه أيا كان المغبون ، وذلك منهي عنه بالنصر ، والنهي يقتضي البطلان ، وهذا رأى بعض الظاهرية (٢) .

واستدلوا بالمعقول ، فقالوا إن الغبن ظلم ، والظلم محرم ، أو التحريم يقتضي البطلان .

الثاني : لا أثر للغبن الفاحش المجرد مطلقا ، أيا كان مقداره ، فالتفتت

معه ، صحيح نافذ لازم ولو ضحبه تفرير ، لان الغبن لا يكون الا نتيجة التفسير (٣) ، والمقصود يتحمل تبعه تقصيره ، ان كان بإمكانه الاستقصاء وان يسعى لمصلحة نفسه ، باستشارة أهل الخبرة ، وهو رأى الشافعية .

(١) - تبين الحقائق - ج ٤ - ص ٧٩ - زد المعتار - ج ٤ - ص ١٥٩

التاج والاكليل - ج ٤ - ص ٤٦٨ - ص ٤٦٩ - الخطاب - ج ٤

ص ٤٧١ .

(٢) - المحلى - ج ٨ - ص ٤٤٢ .

(٣) - معنى المحتاج - ج ٢ - ص ٣٦ .

ويرد على هذا النظر ، ما قدمنا ، من أن معظم الناس في أيامنا هذه مستسلمون ، لتعقد الحياة ، بالتقدم العلمي والتقني .
فالتعاقد المتكبد عديم الخبرة غالبا ، لا مقصر ، بخلاف ما كان عليه الحال في الماضي ، لسهولة الحياة وبساطتها ، فكان الفهم الفاحش في أيامنا هذه ، استفلا لا للا ترسال وعدم الخبرة ، ولذا ينهني على الدولة أن تكل أمر التسعير الجبرى العادل للخبراء في الدولة ، حماية لمعظم الناس من استفلال استرسالهم ، ظلما ، وهو ما سارت عليه اليوم ~~حظهم~~ ~~العالم~~ .

الثالث : منح المغبون حق الخيار ، ان أقام الدليل على الفهم الفاحش المجرد ، وهو اجتهاد الحنابلة ، ورأى ابن حزم ، ومفسر الملكية ، وهو ما نرجحه ، لما ذكرنا (١) .

الرابع : ان اقترن الفهم الفاحش بالتفريغ والاعتقال والتضليل ، ~~مستورا~~ من قبل الثعاقب الأخر ، أو ممن يعطل لحسابه ، كالدلال والسمسار أثر في لزوم العقد ، فجعله غير لازم ، ويكون حق الفسخ للمغبون حماية له ، لانه مفرر به لا مقصر . أما ان كان مجردا ، فلا أثر له على لزوم العقد ، لانه امارة على التقصير ، وهذا لا يستحق الحماية ، واليه ذهب جمهور الحنفية وهو مذهب الشافعي والمشهور عند المالكية (٢) ، وقد بينا وجهة نظرنا في الفهم

(١) - التاح والاكليل - ج ٤ - ص ٤٦٨ - المغني ج ٤ - ص ٩١

المحلى - ج ٨ - ص ٤٤٢ .

(٢) - المراجع السابقة - رسائل ابن عابدين ، ج ٤ - ص ٧٠ - ص ٨٤

الفتاوى القرندية - ج ١ - ص ٢٥٩ - وراجع المادة / ٣٥٧ /

من المجلة - والاشباه والنظائر - ص ٥٨ - لابن نجيم .

الفاحش المجرد ، وانه يوجب الفسخ ، حتى اذا صحبه تفرير ، أوجب ذلك من باب أولى .

على أن سائر المذاهب الاسلامية من الحنابلة ، والمالكية قد اعتبروا الغبن الفاحش المجرد سببا في فسخ العقد (١) ، في بيع الاسترسال ، والنجش (٢) ، وتلقي الركبان ، وفي البيوع العادية احيانا اذا كان الغبن بدرجة بينة .

وهذا ما كنا قد مناه ، ترجيحاً على سائر الآراء ، في كفاية عقود المعاوضات المالية ، ولذا كان التسعير الجبري العادل من قبل الخبراء ، خير وسيلة للحماية .

(١) - القوانين الفقهية - لابن جزي* - ص ٢٦٨ - شرح الخرشي - ج ٤

ص ٦٢ - الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٧٧ - ص ٧٩ -

نيل الاوطار - ج ٥ - ص ١٥٥ - ص ١٥٦ - الموطأ شرح الزرقاني

ج ٣ - ص ٣٤٢ .

ص وراجع الموجبات والعقود - ج ٢ - ص ٤٤٠ للدكتور المحمصاني

(٢) - راجع في حكم العقد مع النجش - بداية المجتهد ج ٢ - ص ١٦٧

لابن رشد - المغني - لابن قدامة - ج ٤ - ص ٢٧٨

النخل - ج ٨ - ص ٤٤٨ .

وذهب بعض الفقهاء الى بطلان بيع النجش في رواية عن الامام احمد وبعضهم الى صحة العقد ولزومه ، لان النجش امر خارج عن العقد مجاور له - وهو مذهب الحنفية .

البحث الثاني

التدليس أو التفرير

التدليس لغة (١) ، كتمان عيب السلعة عن المشتري (٢) ، وهذا المعنى اللغوي اخبر من المعنى الفقهي .

أما معنى التدليس اصطلاحاً ، فهو استعمال وسائل قولية أو فعلية مضللة ، للتأثير على الطرف الآخر ، وحمله على التعاقد .

ويستخرج من هذا ، أن التدليس ليس مقصوراً على كتمان العيب فسي السلع ، بل هو أوسع مدلولاً ، إذ يشمل إلى ذلك كل الوسائل ، المضللة القولية منها والعطية التي من شأنها أن توهم الطرف الآخر ، غير الواقع واقعا لتفريه وتحمله على التعاقد ، فالتدليس إيهام وتضليل عن حقيقة المعفود عليه .

هذا ، والتدليس كما يكون من البائع ، قد يقسم من المشتري أيضاً على ما سيأتي بيانه .
شروط التدليس :

أولاً : أن يكون التدليس صادراً من العاقد ، المستفيد منه أو من له صلة به ، كالسمسار والدلال ، شريطة أن يكون العاقد

(١) - يطلق فقهاء الحنفية على التدليس اصطلاح التفرير ، خلافاً

للجمهور ، ولا مشاحة في الاصطلاح .

(٢) - القاموس المحيط - ج ٢ - ص ٢١٦ -

المصباح المنير - ج ١ - ص ٦٨ .

المدلس عالما به ، ومتواطئا معه (١) .

ثانيا : أن يكون المدلس عليه جاهلا بالتدليس الواقع ، ان لو كان عالما به عند التعاقد ، ومع ذلك أقدم عليه ، لكان راضيا بالعقد وأثاره ، ولما شاب رضاه عيب ، لانه كان على بينة من أمره .
على أن هذا الشرط لم يأخذ به بعض الشافعية ، فاعطوا الخيار للمدلس عليه ولو كان عالما بالتدليس ، نهائيا منهم التي أن التدليس أمر محرّم ، والحرمة حق الله تعالى ، فلا يرتفعها رضا العاقب أو عدم رضاه (٢) .

ثالثا : أن تكون الوسيلة المضللة أو الموهمة قد أثرت فعلا في العاقب حتى حطته على التعاقد مفررا به ، حتى يكون إبرامه للعقد أثرا للتفريط ، وسببا عنه .

(١) - ويدخل في هذا بيع النعش ، وهو باطل عنده الحنابلة ، لان بيعه

منهي عنه ، والنهي يقتضي التحريم ، وهذا يقتضي البطلان .

المعني - ج ٤ - ص ٢٧٨ .

- وذهب الحنفية ومذهب الشافعية الى أنه بيع صحيح لازم ، بالثمن

المتفق عليه - البحر الرائق - ج ٣ - ص ٧٠١ - الام للشيرازي .

- وذهب الظاهرية والمالكية والحنابلة ، وبعض الشافعية الى أن

للمغبون حق الخيار = بداية المحتجب = ج ٢ - ص ١٦٧ -

المحلى - ج ٨ - ص ٤٨٠ .

- المعني - ج ٤ - ص ٢٧٨ .

(٢) - المذهب - ج ١ - ص ٢٨٤ - للشيرازي .

أنواع التدليس :

التدليس - على ما تبين من التعريف - نوعان :

فعلّي وقولّي .

أما الفعلي ، فمن مثل أن يكون المبيع دارا قد تصدعت جدرانها فبسطها ثم يطلبها بالجر صاحبها . ، لتظهر في صورة الدار السليمة فيغتر المشتري بذلك ، ويقدم على التعاقد ، مضلا عن حقيقة المعسود عليه ، بحيلة فعلية هي الطلاء .

وكذلك السيارة تكون قديمة ، فيدونها صاحبها ، وتبدل كأنها جديدة ، أو يوهن عداد المسافة ، ليمو على التعاقد أنها لم تستخدم في قطع مسافات بعيدة ، أو أن يكون محل العقد ثوبا ، وهو قد يفسد فيصغه ليظهر جديدا ، أو أن يكون المبيع من انش الحيوان ، فيربط أخلافها (١) مدة يومين أو ثلاثة ، ليجمع اللبن في ضرعها ، فينتفخ وتبدل كأنها غزيرة اللبن ، فيغتر المشتري ، ويتصورها أو يتوهمها ، كذلك وهو ما يسمى بالتصرية ، فيغتر ويقدم على شرائها .

وما يدل على أن هذا من الأيهام والتضليل ، أن المتعاقد المضرور ، لو علم حقيقة المعسود عليه ، لما أقدم على التعاقد ، فكيفسان رضاه وقت التعاقد ، قائما على أساس موهوم (٢) ، كما أشرنا .

(١) - الاخلاف ، الاثداء

(٢) - هذا ، ومن الامثلة التي ضربناها ، بيدولك أن من التدليس الفعلي ، اخفاء عيب السلعة ، وقد مرّ معك بحث خيــــــــــــــــار العيب .

أما القولي ، فهو الكذب ، وتزييف الكلام على الطرف الآخر ، بحيث يوهمه أنه الواقع ، فيحمله ذلك على التعاقد ، مغترا .

وغالبا ما يكون التدليس القولي ، في الثمن ، أو سعر السـوق أو في اعطاء بيانات مضللة .

وذلك ، كأن يقول البائع للمشتري ، انه قد عرض عليه مبلغ كذا ثنا للسلعة ، فيفتر المشتري بقوله ، ويقدم على الشراء ، ويكون ما ادعاه البائع غير صحيح لان ثمنها - في الواقع - أقل .

أو أن يقول المشتري للبائع ، أنه قد عرض عليه ، ثنا لهذه السلعة مبلغ كذا ، كذبا ، وثمنها في الواقع أكثر من ذلك ، فيفتر البائع بقوله العزيف ، ويبيعه بالسعر الذي ادعاه .

وهكذا ترى أن المدلس قد يكون البائع ، أو المشتري . وما أيسر ما ذكره الفقهاء من أمثلة للتدليس القولي ، تجاه ما نراه اليوم من ألوان الزيف والكذب الشائع في أسواقنا ، مما يقطع بأنه ضـرب من التدليس بالغ الاثر في الخداع والتضليل ، لم يعهد مثله فقهاؤنا القدامى فيما نظن ، وهو محرم قطعا ، ولا مراة أن الكسب بهذه الوسائل المضللة كسب خبيث .

هذا ، والكذب على الركبان في سعر السوق ، عند تلقيها ، ضرب من التدليس ، وكذلك على المسترسل ، وهو ما أشار اليه الامام

الشافعي في كتابه الام (١) ، والدردير في الشرح الكبير ، فيثبت لكل منهما الخيار ، رفعا للغبن .

هذا ، والتدليس على الركبان من البدو في سعر السوف ~~يوجب~~ يوجب الخيار عند الشافعية والحنابلة (٢) ، خلافا للحنفية .

(١) - يبين الامام الشافعي أن تلقي الركبان ، والتدليس عليهم في سعر السوق ، مما يوجب الخيار لهم ، اذا هبطوا السوق ، ورأوا أنهم قد غبنوا ، بقوله " لان تلقيها (تلقي السلع) حين يشتري من البكروى قبل أن يصير الى موضع المساومين (السوق) من الغرور له ، يوجد النقص في الثمن ، فاذا قدم صاحب السلعة السوق ، فهو بالخيار بين انقاذ البيع ورده ، ولا خيار للمتلقي ، لانه هو الفار ، لا المغرور الام - ح ٣ - ص ٧٢ .

- وكذلك بيع الاسترسال ، داخل في مفهوم التدليس ، فقد جاء في الشرح الكبير ، للدردير : " الا أن يستلم المغيبون ، ويخبر بجهله - تفسير للاستسلام - بأن يقول المشتري للبائع ، بعني كما تباع الناس فاني لا أعلم القيمة ، أو يقول البائع للمشتري ، اشترمني كما تشتري من غيري ، أو يستأنه ، بأن يقول احدهما للاخر ، وما قيمته لا تشتري بها أو لا بيع بها ، فيقول له ، قيمته كذا ، والحال أنه ليس كذلك " ح ٣

ص ١٤٤ .

(٢) - الام - ح ٣ - ص ٨٢ - المعنى - ح ٤ - ص ٢٨٣

وبيع المسترسل يوجب الخيار أيضا عند المالكية (١) .
وأما التدليس باعطاء بيانات كاذبة ، فكان يدعي البائع ، أن
هذه إدار مبنية بالحجارة الصلدة ، بينما هي في الواقع مبنية
بالطوب الاحمر ، وهذا يوجب الخيار ، بين الفسخ أو الاضاء بكسل
الشن عند الحنابلة (٢) .

أما التدليس بكتمان عيب السلعة ، فقد سبق القول فيه من الله حرام
يوجب الخيار للمغرور ، بين رد المبيع ، أو إمضاء البيع بالشن كامسلا
وهو مذهب الاثمة الاربعة .

هذا ، والتدليس بالكتمان ، قد وردت السنة بتحريمه ، نصا ، بقوله
صلى الله عليه وسلم : " لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا ، وفيه عيب
الا بينة" (٣) .

أثر التدليس على العقود (الجزء) :

يختلف أثر التدليس أو جزاؤه ، تبعاً لكونه فعليا ، أو قوليا .
٢- فان كان التدليس فعليا ، أوجب حق الخيار للمغرور ، فسحا للعقد
أو امضاء له ، عند الجمهور
هذا ، ولا يعني المدلس من المسؤولية أن يكون قد اشترط برا سمه
من العيوب ابتداءً ، لان هذا الشرط يصرح منه ليولم يكن مدلسا ، سيبقى
النية ، والشروط لم توضع شرعا ، لتكون مخلصا من تبعه التصرف بسوء نية

(١) - الهداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٦٩ .

(٢) - الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٧٩ - لابي الفرج .

(٣) - رواه ابن ماجه في سننه - ج ٢ - ص ١٧ -

رد المحتار - ج ٤ - ص ١٠٣ .

بل ينبغي أن يعامل صاحبها بنقيض مقصوده ، ولذا يلغو الشرط ، ويترتب
الاثـر والجزاء ، وهذا هو ~~مبدأ~~ التعيب ، أو ضمان فوات الوصف (١) .

ب- أما التفسير القولي ، فقد علمت أن حق الخيار فيه منوط بما يترتب
عليه من غبن فاحش ، أو لا يترتب عليه ذلك ، فان ترتب على التفسير
غبن فاحش ، أوجب حق الخيار للمفروور ، لانه معذور لا مقصـر
فكان جديرا بالحماية ، بخلاف ما اذا لم يترتب عليه غبن فاحش
(٢٢٥) بل كان تفسيرا أو تضليلا مجردا ، فلا أثر له على العقد ، فيصح
ويلزم ، ان العبرة بأثر التضليل ، لا بذاته .

هذا ، وثمة آراء في حكم تلقي الركبان ، وبيع المسترسل ، وبيع
المضرة ، وبيع النجش ، مما لا يتسع المقام لمبسطه وتفصيله .

(١) - هذا الخيار يسمى خيار التفسير (التذليل) أو فوات الوصف

لان فوات الوصف يجعل المبيع في حكم المعيب .

- المدخل - ج ١ - ص ٣٨٤ - للاستاذ الزرقا .

- هذا ، وحديث المضرة ، قد اختلف الفقهاء في حكمه ، فذهب

بعض الفقهاء الى أن مناط التذليل متحقق فيه ، فاخذ بحكمه

من الخيار ، بينما لم يرب بعضهم الآخر ، كالحنفية أنه تطبيقي

لمعنى التذليل .

المبحث الثالث

الغلط (١)

بيننا أننا ، أن مبنى التصرفات القولية كافة ، من التبرعات والمعاضات المالية في الفقه الاسلامي - هو الرضا ، لما قدمنا من الأدلة ، وهذا يستلزم بداهة - ليكون سليما - أن يرد على أمر معلوم لدى العاقد ، علما يطابق الواقع ، وقت انشاء العقد ، حتى إذا كان تصويره لما تعلق به رضاه ، وقت انشاء العقد ، غير مطابق للواقع ، كان وهما ، واختل بالتالي رضاه ، لقيامه على أساس وهمي أو لوقوعه أثرًا لذلك الوهم ، إذ لو علم العاقد الواهم حقيقة الامر عند انشاء التصرف ، لما أقدم عليه .

تعريف الغلط فقها :

لم نعثر على تعريف (الغلط) في فقه المذاهب إذ لم يبحث الفقهاء القدامى موضوع (الغلط) بحثًا جامعًا مستقلاً ، وإنما وجدنا مسائله وتطبيقاته ، مبثوثة في بحوثهم لخيار الرؤية ، وخيار العيب ، وخيار الوصف ، والجهل بذات العاقد الآخر ، أو بصفة من صفاته التي هي محل اعتبار في العقد ، والجهل بالأحكام الشرعية إذا كان متعلقها محلاً للتعاقد ، وما إلى ذلك .

ويمكن أن نعرف الغلط في ضوء ما بينا من حقيقته ، أنه : " تصور قائم في ذهن العاقد ، لأمر جوهرى في التصرف القولي تعلق به رضاه

(١) يقصد بالغلط هنا المجرى غير المصاحب بالتفريغ أو التدليس .

وقت انشائه ، تصورا غير مطابق للواقع ، حملة على التعاقد ،
ولو أدرك حقيقة الامر وقتئذ ، لما أقدم على ابرام العقد .
الفرق بين التدليس والغلط :

التدليس والغلط ، كلاهما من عيوب الرضا اذ يشتركان في ايقاع
العاقدة تحت تأثير الوهم الذي يحمله على التعاقد ، غير أن التدليس
مصدره العاقدة الآخر ، سواء أكان تدليسا في السعر ، أم في الصفة
فكان إيهام بخلاف الغلط ، فانه توهم عفوي تلقائي ناشئ من
ذات العاقدة نفسه .

فالتدليس إيهاما وتخريف من العاقدة الآخر ، أو من له به صلة تقسم
على التواطؤ ، كالنكاح .

أما الغلط ، فهو توهم (١) ذاتي تلقائي ، كما قدمنا .

(١) المدخل ج ١ ص ٤٢٢ - للاستناد الزرقاء .

هذا ، وقد يكون التصور الواهم القائم في نفس العاقدة ، وقت
ابرام العقد ، على النقص من الواقع ، كما في شراء نص على أنه
من الياقوت حيث أنصح العاقدة عن مراده هذا في صيغة العقد
حتى كان البائع على بينة من قصده ، ثم تبين أنه من حجر غير كريم
أو من الزجاج فاختلف الجنس وسيأتي أن هذا النوع من الغلط ،
لا يتعلق بصحة الرضا ، بل بوجوده ، فليس اذن من شواك ب الارادة
وعيوبها ، لأن الرضا في مثل هذه الحال ، منتف أصلا ، لعدم وجود
محل العقد ، إذ انصب رضا العاقدة المشتري على الياقوت ، لا على
الزجاج ، وقد أظهر مراده هذا في الصيغة والياقوت وهو محل
القيود غير موجود ، لأن اختلاف الجنسي كالتفاهة العين فانتفى
رضاه أصلا ، لانتفاء متعلقه ، ففرق بين انتفاء أحد مقومات العقد
وبين توافرها جميعا ، ولكن يشوب أحدها عيب كالغلط ، فالعقد

شروط الغلط :

١ - أن يكون الغلط ظاهرا ، قد أفصح عنه صاحبه في صيغة العقد وقت انشائه أو كشفت عنه القرائن والظروف الملائمة للتعاقد ، وبيان ذلك قد أشرنا آنفا ، أن الرضا في الغلط معيب ، لوقوعه أثرا لتصور وهمي غير مطابق للواقع .
غير أن هذا اللوم أو الغلط الذي وقع العاقد تحت تأثيره ، متى اخطئ به رضا وكانت اشياء العقد ، لا تأثير له على العقد قضايا ، مادام منطويا في نص صاحبه ما لم يفصح عنه في صيغة العقد لأن نية الانسان أو قصده لا يعرف الا من جهته ، أو أن تكشف عنه القرائن والامارات والظروف الملائمة ليعلم به الطرف الآخر ، ويقف على حقيقة نيته ومقصوده .

وعلى هذا ، فالشريعة الاسلامية ، وإن جعلت مبنى التصرفات القولية من التبرعات عقود المعاوضات المالية هو الرضا الكامل ، والنية الحقيقية ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - " انما الاعمال بالنيات " أى الاعمال والتصرفات معتبره بالنيات صحة وفسادا ، وإن الخطأ والغلط يعيب هذا الرضا فيفسد العقد ، أو يؤثر في قوته الملزمة ، ويجعله غير لازم ، ويضع في يد الغالط حق الفسخ ليقضى العقد ويبطله ، إذا شاء حماية له ، لعدم سلامة رضاه ، عملا بقوله - صلى الله عليه وسلم - " رفع عن أمتي الخطأ ، والنسيان وما استكرهوا عليه " .

في الحالة الاولى غير منعقدا أصلا ، لانعدام كله بخلاف الثاني فإنه منعقد وموجود ، لكنه معيب .

والرفع انبساط هو بحكم المتصرف وأثره لالفاته

اجماعاً لأن التصرف اذا وقع بلا نية ، لا يرفع غير أن الشريعة تشترط -
لصحة الادعاء بالغلط ، وتقرير حق الحماية للغالط - أن يكون الغلط
ظاهراً غير خفي ، ليكون الطرف الآخر على بينة منه ، وعلى توقع
من نقض العقد المعيب ، فلا فاجأً بفسخ العقد اذا وقع
بخلاف ما اذا كان خفياً ، لم يصح عنه صاحبه ، ولا دلت الامارات
والقرائن عليه ، فان الادعاء بالغلط حينئذ .

وفسخ العقد على أساسه ، وبإبطال آثاره ، ضاراً بالطرف الآخر
حسن النية ، وان لم يكن يعلم بالغلط الذي وقع فيه صاحبه أصلاً ولا
كان منه تقصير في تبينه حتى يتحمل تبعه تقصيره ، ويلقى هذا
الجزء من نقض العقد وبإبطاله على غير توقع فلا عبرة اذن بالظن الخفي
المستكن في نفس صاحبه ، ولا يقبل منه ادعائه بالغلط بعد ابرام
العقد ، أو الطعن فيه ، ولا يورثه حقد الفسخ ، لأنه لم يبيح
مراده ليصرف غلظه أو لم يصح عن قصد ، أو ارادته الباطنة وقت التعاقد
وذلك ، حماية للطرف الآخر حسن النية وعملاً ببدأ استقرار المتعامل (١)
الذي تتعلق به مصلحة عامة أيضاً ترمو على المصلحة الخاصة لمدعي الغلط
الخفي ، ولولا اشتراط ظهور الغلط لاصبحت المعاملات كلها عرضة
للإبطال مما لا يستقر معه التعامل اذ يسوخ لكل متعاقد حينئذ ، أن يعطل
تصرفه بادعاء أنه وقع تحت تأثير الوهم أو الغلط وقت انشاء العقد
دون أن يكون ثمة من دليل يثبت ذلك لأن صيغة العقد ، ولا من القرائن

(١) مصادر الحق ج ٢ ص ١٣٠ المدخل ج ١ ص ٤٢١ للاستداذ الزرقاء

والآمارات والظروف الملبسه للعقد وقت انشائه ، وفي هذا من الضرر ما فيه .

فالغلط انما يكون نتيجة للتباين أو الاختلاف ، بين ما يتصوره العاقد في ذهنه ، وبين الواقع .

ويدهي ، أن رضاه انما تعلق بالصورة التي تصورها في ذهنه وقت التعاقد فاذا تبين أن تلك الصورة الذهنية غير مطابقة للواقع ، لم يكن رضاه سليما ، بل مختلا (١) ، لكن ينبغي أن يفصح عن تصوره ومقصود ، ، ليتمكن تبين غلظه قضيا .

— فتلخص ، أن الشريعة وان اعتدت بالرضا ، أو الارادة الباطنة مبنى وأساسا للتصرف القولي ، غير أنها تشترط أن تظهر تلك الارادة لتكون مؤثرة ، حتى يستقر التعامل ، والا فلا أثر لها ، لأن اتجاها — التشريع الاسلامي موضوعي ، ولذا جاء في تعريف الفقهاء للعقد كما تعلم بأنه ايجاب وقبول ، بلقطين أو ما يقوم مقامها من الوسائل المادية الظاهرة تعبيرا عن التراضي النفسي الخفي ، أو الارادة الباطنة .
وقد استقر هذا الاصل عند الفقهاء في قواعد فقهية منها :

(١) مع ملاحظة ما قد هنا ، من أن الاختلاف بين التصور والواقع اذا كان متعلقا بجنس العقود عليه ، لم ينعقد العقد أصلا ، لأن اختلاف الجنس في حكم انتفاء العيين محل العقد ، والعقد لا ينعقد بدون محل ، فانتهى الرضا أصلا ، لانتفاء ما تعلق به وهذا النوع من الغلط ، ليس من موضوع بحثنا ، عيوب الرضا .

لا عبره بالظن البين خطؤه :

هذه قاعدة عامة وردت في كتب القواعد (١) الفقهية فيدرج في مفهومها الكلي (٢) ، الغلط الظاهر * من قبل أن الظن اذا كان بين الخطأ ، كان وهما ، والغلط قوامه الوهم ، لعدم - التطابق بين التصور والواقع .
غير أن هذا الظن الواهم - في منطوق القاعدة - يجب أن يكون بينا ظاهرا ، حتى يكون مؤثرا .
هذا ، وظهور خطأ الظن ^{متى} ينقلب وهما تبطل به الحجة ، انما يكون بالدليل وذلك اما بتصريح من العاقد الظان نفسه يفسح بعين قصده وقت انشاء التصرف القولي ، أو بالأمارات والقرائن المحتفظة التي تدل على مراده وان لم يصرح به .

ويؤدى القاعدة ، فيما يتعلق بموضوعنا ، من التصرفات القولية خاصة ن " الظن اذا ثبت وظهر خطؤه بالدليل المعتمد شرعا ، لاجبة فيه ، وكذلك ما بني عليه من التصرف القولي بالنسبة الى من وقع تحت -

(١) الاشباه والنظائر - ص ٦٣ - لابن نجيم - وللميوطي - ص ١٠٦

وقد وردت في المجلة / المادة ٢٢ / .

(٢) لا يقتصر مفهومها الكلي فيما يتعلق بالتصرفات على دفع ما لا يستحق لاستناده الى سبب وهمي لا الى سبب حقيقي شرعي ، حيث لا عبرة به فيجب ابطاله واسترداده ، لا بتناكبه على الغلط ، بل يشمل الى ذلك التصرفات القولية ، بالارادة المنفردة ، أو العقود ثنائية الطرف اذا وقع العاقد تحت تأثير الظن البين الخطأ .

تأثير هذا الظن الواهم ، فلا عبارة به ، وله ابطاله (١)
وتطبيقا لذلك ، اذا اشترى شخص ثوبا يظنه من الحرير ، ولم يظهر
مراده للبائع ، بل بقي مستترا في نفسه . ثم ظهر أنه من الكتان أو
، لم يكن له أن يدعي أنه وقع في الغلط ، لبيطل العقد ، لأن
غلطه غير ظاهر ، بخلاف ما اذا أفصح عن مراده هذا ، في صيغة
العقد بأن قال للبائع ، اشتريت منك هذا الثوب من الحرير ، ثم ظهر
أنه من السقطن أو غيره ، كان له أن يدعي أنه وقع في الغلط لعدم
توفر الصفة التي يمتثلها في الثوب ، وكان له حق الخيار بين الفسخ
والانقضاء ، لأن غلظه ظاهر ، إذ قد أفصح عن مراده في صيغة العقد .
وقت انشائه .

فالغلط - كما ترى - ظاهر صراحة .

ظهر الغلط بالقرائن لا بالقول الصريح :

قد يظهر الغلط بالقرائن ، أو بطبيعة الظروف الموضوعية
التي تلبس العقد وقت إبرامه ، دون الانصاح عنه صراحة . فمن ذلك
اذا اشترى شخص من تاجر الآثار ، قطعة ظنها أثرية ، ولم يفصح عن
قصده هذا فان مقتضى الحال ، أو طبيعة الظرف والملبس للتعاقد ،

(١) والحجة التي انتفت هنا ، هي ما يقضي به الاصل العام من

وجوب الوفاء بالعقد الثابت بقوله تعالى : " يا أيها

الذين آمنوا أوفوا بالعقود .

من أنه يشتري من تاجر آثار ، دليل أقرينة على قصد هذا ، وذلك كاف في ظهور غلظه ، ولو لم يصرح بمقصود ، فاذا تبين أن القطعة ليست أثرية ، كان للمشتري الادعاء بالغلط ، لظهوره بالقرينة ، ويملك بمقتضاها حق الفسخ ان شاء ، حماية له ، واحتراما لرضاء وارادتها باطنية ، مادام قد قام الدليل على نيته التي تبين بها غلظه .

على أن حسن النية الذي أوجبت الشريعة أن يسود التعامل ، يقضي بأنه كان على البائع أن ينبيه المشتري الى أن القطعة ليست أثرية ، اذا كان يعلم ذلك .

الغلط المفترض وقوعه :

على أن الغلط قد يكون منشأ ظهوره ، من عيباتي العقود عليه ، لم يكن قد اطلع عليه العاقد وقت التعاقد ، فان مجرد ظهور العيب دليل على وقوع الغلط ، ذلك ، لأن نية العاقد المتملك قد اتجهت الى التعاقد على محله سليما ، تلك نية ظاهرة ، ولو لم يصرح بها في الصيغة ، لأن من المقرر عرفا وواقعا ، ان المتعاقد لا ينصب رضاه على شراء شيء معيب تنقص به قيمته أو منفعته ، ودلالة العرف قرينة معتبرة ، فضلاعن لسان الحال ، فكانت سلامة محل العقد من العيب ، شرطا ضمنيا (١) في كل عقد معاوضة مالمية

(١) وهذا ما أشار اليه الامام الكاساني بقوله : " السلامة مشروطة في العقد دلالة " فكانت كالمشروطة نصا ، لأن البيع عقد معاوضة مبنيا على المساواة عادة وحقيقة . . . ولأن " السلامة "

ولولم يصح به في العقد ، اذ الاصل السلامة ، وهذا

هو خيار العيب ، كما بينا .

أنواع الغلط وقت انشاء العقد

الغلط عند انشاء العقد ، اما أن يكون في جنس المعقود عليه ، أو في وصف له يؤدي الى تفاوت فأحسن في القيمة أو المنفعة أو في وصف مرغوب فيه ، دون أن يؤدي الى ذلك التفاوت الفاحش أو في العاقد الآخر ذاته ، أو في صفة من صفاته التي لها اعتبار في العقد أو في الحكم الفرعي الذي يكون متعلقة محلا للمعقود .

وتتناول هذه الانواع بالبحث تباعا .

أولا : الغلط في جنس المعقود عليه :

وذلك ، بأن يكون جنس المعقود عليه في تصور العاقد عند انشاء العقد ، يبين حقيقة المعقود عليها لواقعي ، كمن اشترى قنطارا من القمح ، فاذا هو من الشعير أو نسا من الياقوت ، فاذا هو من الزجاج أو حقيية من الجلد ، فاذا هي من الورق المقوى (الكرتون)

= لما كانت مرغوب المشتري ، ولم يحصل ، فقد اختلف رضاه ، وهذا يوجب الخيار ، لأن الرضا شرط صحة البيع فانعدام الرضا يمنع صحة البيع ، واختلاله يوجب الخيار فيه ، اثباتا للحكم على قدر الدليل " .

- البدائع - ج ٥ ص ٢٢٤ .

هذا النوع من الغلط - في الواقع - لا يتعلق بصحة الرضا ، بل بوجوده ، لأن تباين حقيقة المعقود عليه ، في حكم انتفاء الميسر ذاتها ، وإذا انتفى محل العقد ، انتفى الرضا المتعلق به أصلاً و فرق بين عدم وجود أحد مقومات العقد ، وبين توافرها جميعاً ، ولكن يشوب أحدها عيب كالغلط ، ففي الحالة الأولى ، العقد باطل ، لانعدام محله ، بخلاف الثانية ، إذ العقد منقذ ولكنه معيب في أحد مقوماته ، وهو الرضا .

لذا كان الغلط في جنس للمعقود عليه ليس دخالاً في موضوعنا : عيوب أصلاً ، لما قدمنا .

ثانياً : الغلط في وصف المعقود عليه ، يؤدي إلى التفاوت الفاحش في

القيمة أو المنفعة .

وذلك ، بأن يشتري منزلاً على أنه مبني من الحجارة ، فإذا هو مبني من الطوب ، أو سيارة على أنها تسير (بالمازوت) ، فإذا هي تسير بالبنزين فالجنس كما ترى متحد ، ولكن الاختلاف في الوصف الذي يؤدي إلى تفاوت فاحش في القيمة أو المنفعة وهذا الفارق الفاحش في الصفة ، بمنزلة الفارق بين الجنسين ، كما يقول الامام الكاساني (١) ، والحكم واحد

(١) يقول الامام الكاساني : " وكذا لو باع داراً على أن بناؤها آجر

فإذا هو لبن ، لا ينعقد لأنها يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً

فكانا كالجنسين المختلفين "

- الهدائع ج ٥ ص ١٤٠ وراجع فتح القدير - ج ٥ ص ٢٠٦ .

وهو بطلان العقد • وهذا النوع كسابقه • ليس من موضوعنا
كما ترى وهو اجتهاد جمهور الحنفية (١) •
ثالثا : الغلط في وصف مرغوب فيه

الغلط في هذا النوع • يؤدي الى فوات وصف مرغوب فيه •
فالجنس متحد • والوصفان : المتصور والواقعي • متساويان من حيث
المنفعة • وغاية ما في الامر • أن رضا العاقد قد تعلق بوصف يرغب فيه
ولكنه لم يتحقق • فاختل رضاه لذلك •
ومثال ذلك • أن يكون محل العقد معيناً بالذات • وغائبا عن مجلس العقد
أو يكون حاضرا فيه • ولكن يحول الظلم مثلا دون ادراك وصفه بالمعينة
أو أن يكون العاقد أعبي • فلو اشترى قطعة من الجوخ على أنها من
الصنع الانكليزي فتبين أنه فرنسي المصدر • وأنه أخضر اللون • فاذا
هو أسود • فان المشتري بالخيار بين انفاذ العقد أو تسخه لفوات وصف
في العقد اختل به رضاه • وهذا هو خيار الوصف •
هذا • وليس ثمة فارق بين اللون الاخضر والاحمر من حيث المنفعة •

(١) على أن الامام الكرخي • قد اعتبر العقد في مثل هذه الحال
فاسدا لا باطلا • وجهته في ذلك • ان البائع باع الشيء
في العقد وأشار الى غيره • فصار كأنه باع شيئا • بشرط أن يسلم
غيره • وذلك فاسد • هذا والشافعية • في رأي عندهم •
وكذلك المالكية • أن العقد صحيح ولكنه غير لازم •
وعلى هذا النظر • يدخل هذا النوع في موضوعنا • ولكنه رأى
ضعيف • — المرجع السابق •

فالغلط في الوصف واضح ، لأنه مشروط في العقد (١)

الغلط في وصف المشار اليه ، المشاهد في مجلس العقد لغو

غير مؤثر :

هذا والاشارة والمشاهدة أبلغ من الوصف في التعريف ، ولهذا كان الغلط في الوصف مع تحقق الاشارة والمشاهدة ، ليس بعذر ، ولا عبرة به ، فاذا باعته شيئا معيناً بالذات ، حاضراً في مجلس العقد كالسيارة مثلا . وأشار إليها ، وهي مشاهدة أمام المشتري ، وقال بعثك هذه السيارة الحمراء ، وهي خضراء ، فالغلط هنا لا عبرة به ، بل العبرة — بالاشارة والمشاهدة ، لأنهما أقوى في الدلالة والتعريف ، ولذا ، استقر في الفقه الاسلامي قاعدة عامة في هذا النوع من الغلط غير المعتمد مؤداها أن " الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر (١) . وعلى هذا ، فالعقد صحيح ولازم . وليس للمشتري خيار على الرغم من الغلط في الوصف المرغوب فيه .

رابعا : الغلط في شخص العاقد الآخر ، أو صفة من صفاته مما له اعتبار

في العقد .

وهذا يكون في التبرعات ، كما يكون في عقود المعاوضات المالية

أو في التصرفات بالارادة المنفردة .

وذلك بأن يوصي لشخص معين ، يعتقد أنه فلان ، فاذا هو غيره .

(١) المادة / ٦٥ / المجلة — المدخل — ج ١ — ص ٤٢٢ للاستاذ

الزرقاء — وراجع في هذا المادة ٣١٠ من المجلة .

وكذلك في المهنة ، لأن لذات الشخص الموصي اليه ، والموهوب له اعتبار وأهمية وكذلك في عقود المفاوضات المالية ، كالإرجارة والاستصناع ، فإذا اتفق مع طبيب لصفة ذات اعتبار في العقد كمهارته على أن يجري له عملية جراحية ، يظن أنه الطبيب المشهور فيظهر أنه طبيب آخر ليس في مستواه مهارة فهذا غلط في ذات المتعاقد الآخر ، مما له اعتبار في العقد وأهمية ، إذ هو الدافع الرئيسي الى التعاقد ، فالغلط مؤثر .

وكذلك أن يتفق مع النجار الفلاني على أن يصنع له أثاثا لمنزله ، ثم يتبين أنه غيره من هو دونه في الاتقان في المهنة .
أما إذا كان في مستواه مهارة ، فالمعتمد عند القهاء ، أن العقد صحيح لازم .

— ومن ذلك أيضا ما إذا استأجر ظفرا لارضاع طفله ، فتبين أن لبنها غير صالح لتغذيته ، أو أنها فاجرة (١) أو حقا شرسة ، كان ذلك غلطا بينا في شخص المتعاقد الآخر ، أو في صفة ذات اعتبار في التعاقد . هذا ، وصلاحيه لبنها للتغذية ، أو حسن خلقها ، مشروط في العقد دلالة ، ولو لم يصح التعاقد بذلك لدلالة الحال ، أو العرف .
وكذلك في الوكالة ، والكفالة ، للمتعاقد الآخر اعتبار في العقد . فالوكالة إذا كانت بأجر ، كالمحاماة ، فإن لذات المتعاقد الآخر (المحامي) اعتبار في العقد ، لمهارته وحذقه مثلا ، أو لصدقه ونزاهته ، فالغلط في شخصه مؤثر ، شريطة أن يكون القلط واضحا كما قدمنا .

(١) البسوط - ج ١٥ - ص ١١٩ - ص ١٢٢ - والظفر هي المرأة تستأجر للأرضاع .

هذا ، وإذا كانت أحكام الغلط تجرى في عقود المعاوضات المالية التي تقبل الفسخ ، كالبيع والاجارة ، كما تجرى في التصرف القولي الفرادي الذي يتعلق بالاسقاط ، والتملك ، كحق الشفعة ، أو الوصية أو الهبة ، من التبرعات ، فان عقد الزواج عند الجمهور لايجرى فيه حكم الغلط ، لأنه لايقبل الفسخ ، وخالفني هذا الامام أحمد فأجاز فسخ الزواج بالغلط لقوات وصف مرغوب فيه ومشروط في العقد ، يتعلق بأحد الزوجين ، فاذا تزوجها على أنها متعلمة أو على أنها جميلة ، وشرط ذلك في العقد ، فتهين أنها دميصة ، أو جاهلة كان له حق الفسخ ، واختلاف رضاه .

ونحن نرى ، أن ينبغي أن يكون للغلط أثره في عقد الزواج ولولم يكن من عقود المعاوضات المالية ، فان لشخص الزوج أو الزوجة أو صفة من صفات أحدهما اعتبارا فمن هذا العقد الخطير الشأن . فاذا تبين مثلا أن في احد الزوجين داء عضالا ، أو مرضا جنسيا يتنافى مع الغاية من الزواج ، كان للآخر حق الفسخ ، للغلط فسي شخص العاقد الآخر ، أو في صفة جوهرية ، اذ الاصل السلامة فكان هذا الغلط ، موجبا لحق الفسخ .

أما في التصرفات القولية الانفرادية كذلك ، اذا كان لشخص - العاقد أو صفة من صفاته ، اعتبار في التصرف وأهمية ، وذلك من مثل

(١) المغني - ج ٦ ص ٥٢٦ - وما بعدها .

حق الشفعة (١) ، فإذا اسقطه صاحبه على ظن
أن المشتري هو فلان ، فإذا هو غيره ، كان ذلك غلطا موجبا
حق الفسخ بالنسبة لمن وقع فيه ، لما للشخص الذي من أجله اسقط حق
الشفعة من اعتبار في هذا التصرف وأهمية ، إذ على أساسه كان
اسقاط هذا الحق ، فكان لمن وقع في الغلط أن يرجع في هذا الحق .
خامسا : الغلط في الحكم الشرعي (الجهل به)

الأصل أن الجهل (٢) بالأحكام الشرعية ، في دار الاسلام
ليس بعذر ، فليس لمن يجهلها أن يعتذر بالغلط . فلو تعامل
شخص بالربا مثلا ، ثم اعتذر بأنه يجهل تحريمه ، لا يقبل اعتذاره ،
لاستيقاؤه العقد ، بل يبطل ، لأن محله أمر محرم شرعا ، والغلط في
الحكم الشرعي الذي تعلق بهذا المحل لا تأثير له .
ولو خارج على حصته من الارث ، وهو يظن أنها ثمن التركة ، فإذا
هي الربح لا عبرة بخلطه ، ولا تأثير ، لأن الجهل بالحكم الشرعي ليس
بعذر ، فيصح العقد ويلبـسـم .
وكذلك لو تزوج شخص امرأة من المحرمات ، وهو في دار الاسلام ، ثم
اعتذر بجهله ، لا يقبل اعتذاره ، لاشتهار أحكام المحرمات من النساء .

(١) وهو حق اولوية يمنح للشريك في العقار ليقدم على المشتري الاجنبي
بموجب هذا الحق ، لأن الشريك اولى بتملك العقار المشترك
من الاجنبي .

(٢) المنافع شرح الجامع ص ٣١٨ - والغلط نوع من الجهل .

بخلاف ما اذا كان في غير دار الاسلام ، حيث يعتبر جهله
بالاحكام الشرعية عذرا ، لعدم نشرها وشيوعها ، اذ تنطبق فيها
غير أحكام الشريعة .

قاعدة الجهل بالاحكام الشرعية ليس بعذر : مقيدة بالاحوال التي

لاشبهة فيها .

ليست هذه القاعدة على اطلاقها ، بل مقصور تطبيقها على
الاحوال التي لاشبهة فيها ، أو شاع العلم بها ، وقد حدد الامام
القرافي ضابط ما يعتبر عذرا من الجهالات ، فيعنى عنه ، وما لا يعتبر
بقوله : " ضابط ما يعنى عنه من الجهالات الجهل الذي يتعذر -
الاحتراز عنه عادة ، وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق ، لم يعف عنه (١)
وعلى هذا ، فالاحكام الشرعية التي تدق الاحاطة بها ، مما يتعلق ادراكه
بالمختصين من العلماء ، يعتبر الجهل به عذرا ، اذ يشق الاحتراز عنه
عادة ، بخلاف ما لا يصعب ، بدليل أن غالب الناس يعلمونها ، وفي هذا
المعنى يقول الامام السيوطي : " كل من جهل تحريم شيء مما يشترك
فيه غالب الناس (٢) ، لا يقبل (٣) " .

فضابط الجهل الذي لا يعتبر عذرا ، اذن ، هو الاشتهار ، وما
لا يشتهر من الاحكام التي لا يعرفها الا الخواص ، يقبل فيه العذر .
اذ يشق الاحتراز عنه ، وهو مؤدى قول الامام السيوطي ايضا : " ولا
يقبل دعوى الجهل ، بثبوت الرد بالعيب ، والاخذ بالشفعة ، من

(١) الفروق ج ٢ ص ١٥٠

(٢) أى مما يشترك غالب الناس في عمله والاحاطة به لاشتهاره .

(٣) الاشباه والنظائر - ص ٢٢٢ .

قديم الاسلام لاشتهاره وتقبل . . في نفي الولد نسي
الاطهر ، لأنه لا يعرفه الا الغواص (١) .
على أن أحكام الشريعة التي يجرى تطبيقها في القضاء لا يقبل
الاعتذار بجهلها لنشرها وعلانها بالطرق الرسمية ، ولا يشق على
الناس العلم بها اذ بالامكان أن يستعينوا برجال القانون والقضاء
والمحاماة ، لمعرفة ، والافتقار باب الاعتذار بالجهل بحكم الشرع
أو القانون ، لا يستقر معه التعامل ، ولا يقول بهذا أحد ، ويحمل كلام
السيوطي على الاحكام الديانية ، أو على اعتبار اختلاف الزمن
في وسائل النشر والاعلان الرسمية ، وهم التنظيمات القضائية علس
النحو الذي استقر في عصرنا .

(١) المرجع السابق .

المبحث الرابع

=====

الأكراه

لا يمتد بحثنا الى التصرفات الفعلية أو الخائع المادية ، سواء
أكانت مشروعة أم غير مشروعة ، وإنما يقتصر على التصرفات القولية (١)
من العقود والاقترارات .

مدى تأثير الاكراه على الاهلية

آ - يرى الفقهاء^(٢) أن ليس الاكراه عارضا من عوارض الاهلية ، فلا تنعدم
به ، لأن حيث أهلية الوجوب التي تثبت بانسانية الانسان
اذ الاكراه لا يأتي عليها .
ولا من حيث أهلية الاداء ، لأن مناطها العقل والتمييز والاكراه
لا يؤثر فيهما ، بل المكروه سليم العقل قادر على فهم الخطاب
الشرعي بعد الاكراه ، كما كان قبله .

(١) التصرفات التي قوامها أفعال ، أما أن تكون مشروعة مباحة
كالسفر ، والاكل ، والاقامة ، وما الى ذلك ، وأما أن تكون
جرائم وأفعالا محرمة ، كالقتل ، وهتك العرض ، واتلاف
مال الغير .

(٢) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٨٧ - الخرشني - ج ٣ ص ٣٦٥ التلويح
على التوضيح ج ٢ ص ١٦٩ مجمع الانهر ج ١ ص ٣٨٤ - البدائع
ج ٧ ص ١٨٧ - المبسوط ج ٢٤ ص ٥٧ - المهجة شرح التحفة
ج ٢ ص ٧٥ - الشرح الكبير ج ٣ ص ٦٠ للدسوقي

وعلى هذا ، فان المكروه في فقه الحنفية ، لا يسقط عنه الخطاب الشرعي ، بل يبقى مكلفا ، فليس الاكراه اذن من عوارض الاهلية كالجنون والسفه ، ولا مانعا من التكليف ، وانما ينعقد بسبه الرضا اتفاقا ، ويفسد به الاختيار على الجملة وفساد الاختيار يجتمع مع التكليف ، ولا ينافيه .

وهذا ما يقرره الامام السرخسي بقوله : " الاكراه اسم لفعل يفعل المرء بخيره فينتفي به رضاه ، أو يفسد به اختياره ، من غير أن تنعدم به الاهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب (١) " .
ب - غير أن المالكية يرون أن عقد المكروه غير لازم ، مما يشمر بقياس التكليف ، على الرضا من الاكراه ، لكن تعليلهم لعدم اللزوم لا يستقيم ، اذ يرون أن الاكراه يمنع التكليف ، ومقتضى هذا البطلان لعدم اللزوم (٢) .

ج - وذهب الشافعية الى أن الاكراه لا يعدم الاهلية ، ولكن يمنع التكليف ، لأنه في اجتهادهم يعدم الاختيار (٣) وهو شرط

(١) البسيط ج ٢٤ ص ٣٨ يلاحظ أن الحنفية يفرقون بين الرضا والاختيار ، كما سيأتي .

(٢) يقول صاحب البهجة في شرح التحفة : " فاذا خاف نزول شيء به ، من هذه الامور ، حالا أو مآلا ، فباعه . . . فان بيعه غير لازم ، لعدم تكليفه " ج ٢٥ ص ٧٥ .

(٣) ولا يفسده فحسب ، كما يذهب الى ذلك الحنفية وفرق بين الفساد والبطلان عندهم بل أنهم يرون فرقا بين الفساد الناشئ عن الاكراه وبين الفساد الذي منشؤه خلل لم يضعف ملازم للمعقد كما سيأتي .

انعقاد التكليف ، حتى اذا انتفى الشرط ، انتفى المشروط .
على أن مفهوم عدم التكليف أثرا للاكراه ، - في فقه الشافعية -
لا يعني عدم القدرة على فهم الخطاب ، اذ لم تسقط أهليته ، بسبب
معناه ، أن خطاب التكليف لا يتوجه اليه ابان الاكراه ، لعدم اختياره
اذ حرية أو سلامة الاختيار ، شرط توجه التكليف اليه ، وقد انتفت -
بالاكراه ، فيكون هذا مانعا من التكليف ، لقوات شرطه ، لاعراضا من
عوارض الاهلية ، كما قدمنا وتأسيسا على هذا ، لا يلزم المكره بشيء
ما يترتب على تصرفاته القولية فيما لو كان راضيا مختارا اختيارا حرا ،
فيكون عقده بالاكراه باطلا لعدم الاختيار المانع من التكليف والمسئولية .
وتوضيح ذلك ، أن الاكراه في اجتهاد الشافعية - اذ يعدم القصد
أو الاختيار ، فان المكره حين يباشري صيغة العقد تقع لاجية ، لأنه
لا يقصد معناها ، ولا يستعملها فيه لينشئ بها عقدا تترتب عليه آثاره
بداهة ، فلا هو قاصد انشاء العقد ولا آثاره ، وانما يقصد من مباشرته
الصيغة تحت تأثير الاكراه ، مجرد دفع الاذى المهدد به ، فتكون لغوا
اذ كيف يلزم المرء بآثار تصرف لم يخستره أو يكون مؤاخذا فيما لم يقصده
أصلا ؟ لأن من المقرر شرعا - كأصل عام يقيني - أن الانسان لا يلتزم
الابها ألزم به نفسه بمحض اختياره ، وكامل رضاه ذلك لأن الاختيار أو
الرضا هو مهني التصرفات القولية شرعا ، حتى اذا انعدم ، فقد التصرف
أساس شرعيته فكان لذلك باطلا والباطل لا وجود له شرعا ، لأصلا
ولا أثرا .

ذلك ما تترتب على اجتهاد الشافعية من ذهابهم الى أن الاكراه مانع
من التكليف ، وان كان لا أثر له على الاهلية باطلاق .

الحنفية يفرقون بين الاختيار والرضا خلافا للشافعية ، وشمة ذلك :

يفرق الحنفية بين الاختيار والرضا مفهومهما وأثرا ، فيرون أن الاختيار هو " التمكن " من فعل الشيء " ضده ، أما الرضا فهو الرغبة في الشيء والارتياح اليه . هذا ، ويرون الارادة مجرد الاعتزاز على الفعل وتنفيذ . وعلى هذا ، فالاختيار أعم ، والرضا أخص .

ومعنى هذا ، أنه يلزم من تحقق الرضا وجود الاختيار ، ولا يعكس ، أي لا يلزم من وجود الاختيار ^{تحققه} ، وعلى هذا ، فالاختيار والرضا - في فقه الحنفية - أمران مختلفان ، وليس مترادفين ، ولا متلازمين فقد يوجد الاختيار وينعدم الرضا ، كما في الاكراه .

وانما قلنا ان الاختيار بالمعنى الذي حدده الحنفية (١) ، وقد تحقق بالنسبة الى المكره ، لأنه قصد الى الصيغة ، وهي السبب ، ولو كان قصد اليه لمجرد دفع الاذى عن نفسه ، لأنه كان بوسعه ألا يفعل ، ويختار - احتمال الاذى المهدد به ، لكنه آثر اختيار الصيغة على اختيار احتمال الاذى أو بالاحرى اختار أهون الشرين ، وأخف الضررين (٢) ، وهذا هو " التمكن " من فعل الشيء " ضده الذي هو مناط الاختيار عند الحنفية فقد تحقق مناط الاختيار في الاكراه لكنه اختيار فاسد ، لمكان الاكراه فيه (٣) غير أن فساد الاختيار - كما يرى الحنفية - لا يعدم أصله ، فأصل الاختيار

(١) بمعنى التمكن من فعل الشيء " ضده " (٢) رد المحتار ج٤ ص٧

(٣) وهذا ما قرره الشافعية أيضا فقد نقل الامام السيوطي في كتابه

" الاسباب والنظائر " عن الامام النووي ، في كتابه الرهضة ، أن

الاكراه يحصل : " بكل ما يوتر العاقل الاقدام عليه ، حذرا مما

هدد به " ص١٨٧ الطبعة التجارية - وهذا الايثار صريح في اختيار

قائم مع الاكراه ، ولا منافاة بين اجتماعهما .
هذا ، ويرى الحنفية أيضا ، أن شرط انعقاد التكليف ، هو أصل
الاختيار لا صحته (١) ، إذ يكفي في انعقاده وجود أصله ، ولو فاسدا .
وهل هذا ، فليس الاكراه - في اجتهاد جمهور الحنفية - مانعا من
التكليف كما يقول الشافعية ، بل التكليف منعقد ، لوجود شرط انعقاده
وهو أصل الاختيار ، ولو كان فاسدا نكان المكروه مشوفا ، وموخذا ،
وكلفا على الرغم من كونه مكروها .

نعم ، الرضا منعدم مع الاكراه ، كما يقول الحنفية ، وهذا بالاتفاق ، ولا
نزاع فيه ، غير أن الرضا - في اجتهادهم - شرط للصحة ، لا للانعقاد
حتى اذا فات الرضا بالاكراه ، فسد العقد ولم يبطل ، عند جمهور
الحنفية (٢) ، لفوات شرط صحته ، ولذا ، كان للمكروه أن - يجبر
العقد بعد زوال الاكراه ، اذا شاء تحقيقا لرضاء الكامل ، ليرتفع الفساد
حينئذ لزوال سببه ، ويصح العقد ويلزم ، بمعنى أنه تترتب آثاره
عليه من وقت ابرامه ، لا من وقت الاجازة ، ولا يستقل أحد طرفيه
بنفسه بعد ذلك ، وذلك آية مواعده ومسئوليته وتكليفه .

وتفسير هذا ، أن الفساد انما يقرر عند جمهور الحنفية أثرا وجزا
للاكراه ، وفساد الاختيار ، وانعدام شرط صحة التصرف (٣) ، وهو

= أحد الامرين ، وتفضيله على الآخر ولا يتصور هذا الا بالتمكن
وهو مناط الاختيار الذي حددته الحنفية .
(١) المراجع السابقة .

(٢) خلافا لزم من الحنفية ، إذ يرى أن العقد موقوف لانقضاء
البدائع - ج٧ ص ٢٨٧ وما يليها فتح القدير ج٧ ص ٢٩٢ وما

يليهما - المبسوطه ج٢٤ ص ٣٨ وما يليها .
(٣) المراجع السابقة .

الرضا ، اذ يتخلف شرط صحة العقد يتقرر فسادہ (١) ، حماية
لحق المكره ، فيمنح حق الاجازة (٢) عند زوال الاكراه ، تحقيقا لرضاء
الكامل الذى فات بالاكراه ، واذا توافر الاختيار والرضا كلا ، صح العقد
ولزم في حقه ، بخلاف ما لو كان باطلا .

لكن يرد على هذا النظر ، أن العقد الفاسد لا تلحقه الاجازة ، كالعقد
بالباطل ، بل هو واجب الفسخ ، و رعاية لحق الشرع ، كما تعلم ، ويجاب
عن هذا من قبل جمهور الحنفية ، أن سبب الفساد .

في هذا العقد ، هو رعاية حق المكره شخصا لاحق الشرع (٣) ، فهو
فساد من نوع خاص ، منشؤه العدوان على ارادته ، فلا يتسم بخصائص
الفساد الذى منشؤه حق الفرع ، كالربا والجهالة الفاحشة / وسبب
خصائص الفساد الذى منشؤه الاكراه قبوله الاجازة ، و رعاية للحق الشخصي
وهو حق المكره ، لانعدام رضاه .

— هذا هو وجه استدلال جمهور الحنفية على ما ذهبوا اليه من الحكم
على فقد المكره بالفساد الذى يجوز رفعه باجازة المكره نفسه عند زوال الاكراه ،
مع بقاءه مكلما مشغولا على الرغم من وقوفه تحت تأثير الاكراه

-
- (١) وأنت عليهم بأن الحنفية يفرقون بين الفساد والبطلان .
(٢) رد المختار ج٤ ص ٧ . هذا ، وذهب بعض الحنفية الى أن عقد
المكره باطل غير منعقد ، وهذا يتفق مع رأى الشافعية — الاشباه
والنظائر — ص ٢٨٢ — مجمع الانهر ج٢ ص ٤٢٨ ص ٤٣٧ الاشباه
والنظائر ص ٤٢٨ — ٤٣٧ للسيوطي .
(٣) المراجع السابقة — وراجع مصادر الحق — ج٤ ص ١٨٧ — وما يليها
رد المختار ج٤ ص ٧ — مجمع الانهر وحاشيته — ج٢ ص ٤٢٨
ص ٤٣٧ — مصادر الحق — ج٢ ص ١٨٦ وما يليها .

أما الشافعية ، فيرون أن عقد المكره باطل ، وبإثره لغو بناه على
أن الاختيار والرضا ، أمر واحد ، فيهما وأثرا ، فهما مترادفان ،
لا فرق بينهما ، حتى إذا انتفى أحدهما انتفى الآخر ضرورة ، ومعلوم
أن الرضا منتفئ بالاكراه اجماعا ، فينتفى الاختيار أصلا ^{ولا فكلين} بلا اختيار
فيطل العقد ، لأن الاختيار شرط انعقاده . منشأ الخلاف اذ بين
الحنفية والشافعية هل الاختيار والرضا أمران مختلفان مفهومهما ، فكانا
لذلك مختلفين أثرا ، وغير متلازمين (١) ، أو أنهما أمر واحد ،
مفهومهما وأثرا ، فكانا مترادفين ومتلازمين ، طردا وعكسا (٢) ، فالاختيار
هو الرضا ، والرضا هو الاختيار ؟
بالاول قال الحنفية ، والى الثاني ذهب الشافعية (٣) .

- (١) بمعنى أنه لا يلزم من انتفاء الرضا بالاكراه ، انتفاء أصل الاختيار
بل يجتمع الاختيار والاكراه ولا منافاة ، ويكون الاختيار فاسدا ،
لكان الاكراه ، لأن الاكراه لا يعدم أصل الاختيار ، بل يفسده
فحسب فيكون المكره مؤخذاً بعبارته ، ولو مكرها .
- (٢) طردا بمعنى أنه اذا وجد الرضا ، وجد الاختيار ، وعكسا
اذا انتفى الرضا انتفى الاختيار - المراجع السابقة .
- (٣) المهذب مع المجموع ج ١ ص ١٦١ - المغني ج ٤ ص ٢٥٧ .
واستدل الشافعية على أن عبارة المكره لغو ، وعقده باطل
لا يترتب عليه أثره ، ولا مسئولية ولا مؤاخذه على المكره ، بقوله
تعالى : " لا اكراه في الدين " ووجه الاستدلال ، ان الآية
الكريمة تنفي ذات الاكراه ، وهذا غير مراد قطعا ، لأنه واقع
فكان النهي منصبا على حكمه وأثره حال وقوعه على المراد ^{الذي دخل}

حكم عقد المكره في فقه المذاهب

تبين لنا مما سبق ، أن الفقهاء اختلفوا في حكم عقد المكره على آراء :
أولها : أنه عقد باطل وعبارة المكره وصيغته لغو ، وهو مذهب الشافعية
لأن الباطل والفاسد والموقوف عندهم سواء (١) وهو رأى عند
الحنابلة أيضا .

الثاني : أنه عقد فاسد ، يصح بالاجازة من قبل صاحب الشأن ، وهو
المكره ، عند زوال الاكراه ، ويرتفع باجازته العقد نساده ،
تحقيقا لرضاء الكامل ، وهو مذهب جمهور الحنفية ، لأنه
تصرف صادر من أهله ، مضاف الى محله ، لكنه قاصد للسبب
غير راض بالمرّة . بأثره

الثالث : أنه عقد صحيح نافذ لكنه غير لازم ، قياسا للاكراه على سائر
عيوب الرضا ، من الغلط والتدليس والغبن لأنها مفسدة للاختيار
لامعذمة له وهو رأى المالكية (١) ورأى آخر عند الحنابلة .

= في الدين بمعنى أن عبارته لاغية لأثر لها شرعا ، فدل ذلك
على أن كل تصرف ومنه القولي ، لأثر له اذا كان وليد الاكراه
والقسر ، واستدلوا أيضا بقوله — صلى الله عليه وسلم — " رفع
عن أمّتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه ، وهذا يدل
على أن حكم تصرفات المكره البطلان ولأن آثارها مرفوعة ولاغية .
(١) للحنابلة رأيان : أحدهما البطلان ، وهو قول الشافعية ،
والآخر ، عدم اللزوم ، وهو رأى المالكية ، وفي هذا يقول صاحب
الانصاف : " فان كان احدهما مكرها ، لم يصح هذا البيع —

الرابع : أنه عقد موقوف (١) بمعنى أنه صحيح ، منعقد ، ولكنه موقوف
الآثار ، فلا تترتب أحكامه وآثاره عليه ، وهو رأي زفر من الحنفية ،
ووجهة نظره ، أن الرضا شرط لحتم البيع لالصحة وهذه مرحلة
تالية لصحة العقد نصار كالفضولي ، في حين يرى الامام صاحباه
أن فوات شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم والاثار كسائر العقود
الفاصلة . وعلى هذا فان عقد المكره عند زفر موقوف لا تترتب
آثاره عليه ، الا باجازه المكره بعد زوال الاكراه ، فان اجازة
نفسه وترتبت آثاره عليه ، من وقت ابرامه ، ستندأ ، والابطال
وأرجح الآراء فيما نرى هو هذا الاخير ، لأن حكم هذا العقد
مرتبط بحق المكره نفسه شخصيا ، لا بحق الشرح كحرمة الرضا ،
حتى يكون باطلا أو فاسدا ، وذلك يقتضي الوقف على اجازة

(بطل) . وعليه الاصحاب ، وقال في الفائق ، قلت ،

ويحتل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الاكراه ج٤ ص٢٦٥
المغني ج٤ ص٢٥٧ . - وراجع في هذا البدائع ج٢ ص١٨٧
وما يليها - المبسوط ج٢٤ ص٣٨ وما يليها - مصادر الحق
ج٤ ص١٨٧ وما يليها - رد المختار ج٤ ص٧ - شرح التحفة
ج٢ ص٢٦ والشرح الكبير - ج٣ ص٦ للدسوقي .
البدائع ج٧ ص١٨٦ المبسوط ص٢٤ - ص٥٦ - ص٥٩ .
(١) وراجع رأي المالكية - البهجة شرح التحفة - ج٢ ص٢٦ .
هذا ، ورأي المالكية يتفق مع رأي الحنفية من حيث ان الاكراه
يفسد الاختيار ، ويعدم الرضا ، غير ان المالكية يرون الجزاء
عدم اللزوم في حين يراه الحنفية ، الفساد لانثاقا شرط الصحة
وهو الرضا .

صاحب الشأن حماية لحقه الخاص ، بعد زوال الاكراه ، لانعدام رضاه
فقد يراه في مصلحة ، فيبضيه ، وقد لا يراه فينفضه ، وهذا أولى من
القول بالفساد فضلا عن البطالات ، ولأن الفساد لا يرتفع بالاجازة .
هذا ، وتعليل الحنفية لصحة الاجازة أنه حق شخصي ، لا يقضي الفساد
بل الوقف ، حماية لهذا الحق الخاص ، كما لا يستقيم هذا مع القول
بعدم اللزوم لأن هذا من موجبات شوائب الرضا ، لا انعدامه ، لأن
من المعلوم ، أن العقد غير اللزوم ، عقد صحيح منعقد ناقد ، وهذا
لا يتصور مع انعدام الرضا بالاكراه .

هذا ، وقياس الاكراه على سائر شوائب الرضا من الغلط والتدليس والغبن
لا يستقيم ، لأنه قياس مع الفارق ، إذ الاكراه قسر واجبار ينعدم به الرضا
بخلاف الغلط والتدليس والغبن ، فأصل الرضا قائم فيها ، ولكنه مشوب
بعيب .

لهذا كله ، كان القول بالوقف كجزء على الاكراه ، أقرب السببي
باعتباره القواعد (١) .

عقود وتصرفات قولية محددة ، تصح وتلزم بآثارها ، على الرضخ من

الاكراه ، استثناء بالنص ، على أنها من حقوق الله تعالى ، كما

وردت عن الفقهاء تام ، ورضا كامل

من مذهب الحنفية الى أن ثمة عقود خمسة تقع صحيحة نافذة لازمة ، هي

(١) البدائع — ج ٧ ص ١٨٢ وما يليها — المبسوط ج ٤ ص ٢٨

وما يليها — فتح القدير — ج ٧ ص ٢٦٢ .

الاكراه كما لو كان من صدرت عنه حرا مختارا ، وهي زواج المكره
والمكروه ، والرجعة ، ومنعه ، وسببه ونذره ، ذهابا منهم الى أن الشارع
استثنى منها ، فحكم بصحتها ، وبفانها ، والا لزوم بآثارها ، مع
الهنزل ، والتفوي بالاختيار ، مع انعدام الرضا ، والمكره كذلك
اذ هو مختار المصيفة ، غير راض بآثارها ، منصح وتلزم ، ولو انعدم
الرضا ، قياسا على الهزل ، ولأنها من حقوق الاعمال التي يتعلق
بها مصلحة شرعية عامة .

• ويلاحظ أن هذه التصرفات القولية لا تقبل الفسخ .

فدليل الحنفية - كما رأيت - هو قياس الاكراه على الهزل ، لقوله
صلى الله عليه وسلم : " ثلاث جدهن ، جده ، وهزلهن ، جده
الزواج ، والطلاق (١) والعتاق " وفي بعض الروايات ، اليمين
والرجعة ، وأما ما عدا ذلك من العقود ، فلا تصح ولا تنفذ وتلزم
من أصدرها بآثارها ، الا اذا كان حرا مختارا ، وراضيا بآثارها .
والراجع - فيما نرى - هو رأى الجمهور ، اذ لم يفرقوا - ممن
حيث أثر الاكراه بين حق وحق ، ولا بين تصرف وتصرف (٢) ، فلم

(١) ذهب بعض الحنفية ، الى تحديد التصرفات القولية التي تصح

وتنفذ وتلزم من أصدرها مع الاكراه ، في الطلاق ، والنيكاح

والرجعة ، واجبات الحج ، والصدقة والمفوض من دم العمد

وهيول المرأة الطلاق على مال ، والاسلام ، والصلح عن دم

العمد ، على مال ، والنذر - مجمع الانهر حاشيته - ج (١)

ص ٣٨٤ .

(٢) أي من التصرفات القولية .

يحكموا بصحة هذه العقود ونفاذها مع الاكراه ، على من أصدرها ، والزامه بآثارها ، بل سحبوا حكم الاكراه عليها كسائر التصرفات ، على الخلاف بينهم في حكم عقد المكره ، كما بيننا واستدل لا الهتهم بحديث الرسول — صلى الله عليه وسلم — " رفع عن أمي الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه " .
على أن قياس الاكراه على الهزل الذي استند اليه الحنفية ، هو قياس مع الفارق إذ الهزل لا قسريه من حيث اتخاذ السبب ، أو مباشرة الصيغة ، لأن الهازل حرمختار في ذلك ، ولكنه غير راض ، بثبوت حكمه ، لأنه عابث ، وليس كذلك المكره ، لقسره على اتخاذ السبب وللعقدان على رضاه .

صحيح ان كلا منهما غير راض بحكم السبب غير أن الهازل لا يرضى به ، لأنه عابث ، وللشارع أن يلزمه بالآثر جزاءً على هزله وعشه ، وحفاظاً على مصلحة شرعية عامة ، في الزواج ، والطلاق وما اليهما ، إذ ليست هذه محلاً للهزل في اعتبار الشارع ، بدليل ورود الحديث (١) ، نصاً في ذلك ، وليس كذلك المكره ، لأنه لم يرض بالآثر ، للاكراه للعبث فلا يستحق الجزاء ، بل هو جدير بالحماية ، للعقدان على حرية اختياره ورضاه ، وقد أيد هذا النظر ورود الحديث (٢) نصاً في هذا المعنى كما قدمنا .

وأيضاً ، قصد الشارع من ترتيب حكم الهزل في التصرف ، حماية مصلحة شرعية عامة ، كما هو ظاهر ، بينما قصده في رفع أثر التصرف

(١) " ثلاث جدهن جده ، وهزلهم جد " الحديث .

(٢) رفع عن أمي الخطأ " .

حال الاكراه ، حماية مصلحة خاصة للمكروه ، فافترقا ، منهـسوم
وأثرا ومقصدا .
على أن اجتهاد الحنفية لا يستقيم في منطق الشرع الحنيف ، اذ
كيف نلزم المكلف ، بآثار عقد زواج قد اكره على انشائه اكرها ، حتى
كان صلوب الارادة والرضا ، وهما أساس التصرف في هذا التشريع ؟
وكيف نحمله على انتهاء حياته الزوجية ، بالطلاق ، تسرا واكرها ،
ونلزمه بآثار ذلك ؟ ليس هذا ما يتسق وتشريع الله ورسوله قطعا
ولو قالوا فيها بالفساد أو الوقف ، تحقيقا لحماية المكروه ، لكان اولسى
وأجدر ، وأقرب الى روح التشريع ومقاصده (١) .

(١) اتجه الحنفية الى تخفيف الاعباء المالية عن المكروه حال اكراهه
على الطلاق ، والزامه بأثره ، فقالوا ، يتحمل عب المهر ،
المكروه (بكسر الراء) وقالوا أيضا ، اذا كان الاكراه صادرا
من الزوجة ، سقط مهرها ، ولكن عب السبعة المالية أيسر
وأهون من سائر آثار قطع العلاقة الزوجية ، وهدم الاسرة .
- الهدائع - ج ٢ - ص ١٨٨ .

أنواع الإكراه :

يقسم الأعرابون والفقهاء الإكراه إلى قسمين أساسيين :

- ١ - الإكراه بحسب ٢ - الإكراه بغير حسب
- أما الإكراه بحسب ، فقد استقر مبدأ عاما في الفقه الإسلامي ، وفيما يتعلق باجراء العقود والتصرفات القولية ، بوجه خاص ، وهو موضوع بحثنا حيث اعتبره المشرع ، عملا مشروعا ، بل واجبا وتكليفا ، بما هو وسيلة إلى تحقيق غرض مشروع ، تقاضى المكلف به من تحقيقه ، كما جبار القاضي المدين الواجد الماطل على بيع ماله أداء ، لحق ثابت في ذمته ، مستحق لدائنه دفعا ، لظلم المظل أو اجبار المكلف على أداء حق عام للدولة ، كالخمس والزكاة أو اجبار مالك الأرض أو الدار التي تلاصق المسجد أو الشارع العام على بيعها (٢) توسعة لهما ، لما في ذلك من مصلحة شرعية عامة أو اجبار المحتكر على اخراج السلع المحتكرة التي يحتاجها الناس ، ولا سيما المواد الغذائية ، بمنزلة في السفن ، ثم سببا خاصا ، حينما إذا امتنع ويأبى عن إمداد الناس بالضروريات ، كالحبوب والخبز ، في حالة العار أو جبر القدر ، ببيع أموالهم ، أو اجتماعهم ، في الغنم ظلما بسلطان الولاية ، أو استغلالا لنفوذهم (٣) وغير ذلك كثير .

-
- (١) جاء في الحديث مظل الغني ظلم
 - (٢) وهو ما يطلق عليه الاستملاك (٢) البسوط ج ٤ ص ٢٤٤ ص ١٠١ وما يليها (٣) الخريفي ج ٥ ص ٩ - الخطاب ج ٤ ص ٢٥٢ ص ٢٥٣ البسوط ج ٤ ص ٢٤٤ ص ١٠١ . ارجع بحثنا مستقبضا في التفسيرات - يوزع في كتابنا الفقه الإسلامي المقارن .

هذا النوع من الاكراه هو في حقيقته جبر شرعي على تصرف قولي ، أو
على التعاقد ، أداء لحق ثابت في ذمة المدين مستحق لدائته ، إذا
باطل في أدائه ، وهو قادر واجد ، أو أداء لحق الله تعالى ، أو
الحق والعدل ، وتتحقق المصلحة الشرعية المحصورة ، في دفع الظلم عن
كله .

مصدر الاكراه بحق ، هو الشرع ، ومناطه العدل ، والمصلحة الشرعية
المعتبرة فكان هذا النوع من الاكراه ، تكليفا شرعيا لازما ، لا باعيا
من التكليف . هذا النوع من الاكراه ، ليس مانعا من التكليف ، لأنه
تعين طريقا لتحقيق العدل والمصلحة المشروعة ، حين تخلفت حرية
الاختيار ، وسلامة الرضا ، تعنتا وظلما ، عن تحقيق ذلك ، فكان
ضربا من التكليف الواجب أو الجبر الشرعي ، أداء حق ثابت مستحق
شرعا للغير من الفرد ، أو لله تعالى ، ما يتعلق بمصلحة نامسة
مشروعة ، « الاجبار من الشارع نفسه ، الرضا بأداء الحق » .
هذا كراه الاجبار الشرعي عن الأداء عند الامتناع ، تعنتا أو دور عدو
بما يستلزم دفع الظلم ودفع الظلم عدل ، فان الامتناع بحق تعين وسيلة
لتحقيقه عن طريق ضرورة بداهة ، كما ذكرنا وعلى هذا ، فالاكراه بحق عمل

مشروع بل تكليف واجب ، لمشروعية غرضه ، ولم يعتبره الشارع .
مفسدا للاختيار ، ولا معدما فلا نفسه التصرف ، أو يبطله بدليل أنه
لا يقطع نسبة التصرف وآثاره الى المكروه عليه ، بل ينسبه الشرع اليه
صيغة وأثرا ، كما لو كان حرا مختارا ، كامل الرضا صحيح الارادة (١)
وبامعان النظر في فقه هذه المسألة أصوليا ، من الاكراه بحق ،
والاكراه بغير حق ، نجد أنهما وان اختلفا حكما ووضعا شرعيا ،
اذ الاول جبر شرعي ، والثاني جبر محرم لا يجوز الاقدام عليه غير أنهما
حكمان قد اتحدا غرضا ، وقصدا من العدل والمصلحة المعتبرة -
التي هي مقصود الشرع .

وتفسير ذلك أنه اذا كان الاكراه بغير حق عملا محرما شرعا (٢)
فان في نسبة التصرف وآثاره الى المكروه عليه ، مع انتفاء رضاه ، اعتداء
على عصمته ، وحقوقه ، لذا قطع الشارع عنه تلك النسبة سببا وأثرا
صوتا لعصمته ، ورعاية لحقوقه خشية أن تفوت بدون اختياره (٣)
بخلاف الاكراه بحق ، اذ ليس في نسبة التصرف وآثاره الى المكروه
على انشائه مساس بعصمته ، أو عدوان على حقوقه ، بل فيه اجباره
على صيانة عصمة غيره على النحو الذي صيغت عصمته .

(١) فالتصرف صحيح نافذ منتج لآثاره ، ولازم ، مع الاكراه اذا

تأدى به الحق - المواق ج٤ ص ٢٥٢ الخرخشي ج ٥ ص ٩

(٢) التلويح مع التوضيح ج ٢ - ص ١٩٦ - ١٩٧ .

(٣) المرجع السابق - كشف الاسرار ج ٢ ص ٣٠٧ وما يليها -

ومنعه من هضم حق غيره ، كما روعيت حقوقه ، فاتحدا غرضا
ومقصدا ، وان اختلفا حكما ، كما ترى .
فتبدى لنا أن أساس فلسفة التشريع الاسلامي فيما يتعلق بالاكراه
بنوعيه ، هو " العصمة " التي تقررت حقا ثابتا لكل انسان شرعا
لأنها اذا كانت تقضي بتحريم نسبة المتصرف وآثاره الى المكروه على انشائه ،
رفعا للعدوان عليها ، فان تلك " العصمة " بعينها هي التي تقضي
كذلك بجباره على أداء الحقوق الثابتة في ذمته ، والمستحقة للغير من
الفرد او الامة ، اذا ما ظل أو امتنع عن أدائها ، وهو قادر فلسفيا
لوحدة المناط ، وهو " العصمة " في حق الغير ، عدلا وانصافا
ويلقى اختيار المكروه ورضاه ، حين تخلفا - تعنتا أو ماطلة - عن أداء
الحق المستحق أو تحقيق مقتضى العدل ، من المصالح العامة المشروعة
لتقوم مقامها ارادة الشرع المجبرة عن طريق القضاء أو سلطان الدولة
تنفيذا لهذا التكليف ، مراغبة ، اذ الاكراه على دفع الظلم عدل .

(١) فالعصمة هي المناط ، والحكم على الوسيلة بالتحريم أو الايجاب
تبعاً لكونها تودي الى العدوان عليها ، أو صيانتها ورعايتها
أي كان موقعها ، للنفس أو الغير وهذا منشأ تقسيم الاكراه
الى نوعيه ، بحق وبغير حق ، عند الاصوليين والفقهاء ، على
ما يمكن أن يستخلصه الباحث من تعليقاتهم وتوجيه استدلالهم
التلويح مع التوضيح ج ٢ ، هذا ، والامة شخص معنوي ،
ذات عصمة ، والعدوان على حقوق الامة اقيح جرمًا
وأعظم اثماً . ص ١٩٦ - ص ١٩٧ .

وهكذا ترى ، أن اختلاف الحكم في الوسائل ، لا يوجب التباين في الغرض والمقصد ، إذ لا تناقض في تشريع الله ورسوله .
الاكراه بغير حسق :

- يرى الحنفية ، أن الاكراه من حيث قوة تأثيره ، نوعان :
- آ — اكراه ملجى ، أو تام (١) ، وهو ما يكون التهديد فيه بما يفوت النفس ، أو مافي معناه ، من بتر عضو من الاعضاء ، أو بما يقضي الى ذلك ، من الضرب الشديد الذى من شأنه اتلاف النفس ، أو تعطيل عضو ، أو الالقاء من مكان مرتفع ، أو عمل مبهين لذى جاء (٢) .
- ب — واكراه غير ملجى ، أو ناقص ، وهو ما يكون التهديد فيه بما لا يؤدى الى اتلاف نفسي ، أو فوات عضو ، أو تعطيله وذلك كالضرب (٣) والحبس ، والتهديد بمنع ترقية ان كان موظفا وهذا الاخير صورة من التهديد النفسى لا الحسى ، وكالتهديد بالصفع أو الكلام النابى اذا كان موجها الى شخص يغمتم مثله

(١) البدائع ج٢ ص ١٧٥ — وجاء في التوضيح مع التلويح مانصه " الاكراه " وهو اما ملجى ، بأن يكون بفوت النفس أو العضو وهذا معدوم للرضا ، ومفسد للاختيار ، واما غير ملجى ، بأن يكون بحبس أو قيد ، أو ضرب وهذا معدوم للرضا غير مفسد للاختيار ج٢ ص ١٩٦ وما يليها .

(٢) بشرط ألا يكون مما يؤدى الى اتلاف نفس ، أو تعطيل عضو والا كان من الاكراه الملجى ، فكان الضرب نوعين بالنظر الى ما يؤدى اليه . — المبسوط ج٢٤ ص ٣٩ البدائع ج٢ ص ١٧٥ وما يليها .

بذلك .

وانما كان هذا غير ملجى من قبل أن يوسع من وقع عليه ، أو
هدد به ، أن يتجلد ، ويحتمل الاذى .

هذا ، والاكراه الملجى بما يتضمن من وعيد باتلاف نفس أو بتسر
عضو ، يجد المكره نفسه مضطرا الى تنفيذ ما أكره عليه ، لما يحدث ذلك
من الرهبة في نفسه ، فكان مقهورا ، معدوم الرضا طبعاً ، فاسد -
الاختيار ، بخلاف غير الملجى ، إذ لا اضطراب فيه مادام في الوسع
تحمل الاذى ، مادام لا يؤدي الى اتلاف نفس أو مافي معناه ، لذا ، كان
غير مفسد للاختيار ، وإن كان معدوما للرضا ، إذ لا اجتماع رضا مع
اكراه ، في الطبع الانساني ، لمكان الرهبة والاختافة التي تحمل^{كل} الشعور
بالاضطرار .

منشأ تقسيم الاكراه الى ملجى وغير ملجى

ان منشأ تقسيم الاكراه الى ملجى وغير ملجى في اجتهاد الحنفية هو
تفرقتهم بين الاختيار والرضا ، على النحو الذي بينا خلافا للشافعية ، إذ
لا يعرفون هذه التفرقة ، فالاختيار والرضا أمر واحد ، ولا يجتمعان

= كشف الاسرار ج ٢ ص ٣٠٧ وما يليها .

- تبين الحقائق ج ٥ ص ١٨١ ص ١٨٧ .

(١) معنى المحتاج ج ٣ ص ٢٨٩ كشف الاسرار ج ٢ ص ٤٠٤ هذا ، وقد

عرف هذا التقسيم الشيعة الجعفرية . - كاشف الغطاء

ج ٣ ص ١٥٦ - مصادر الحق ج ٢ ص ٢١١ .

مع الاكراه أصلاً ، فكان الاكراه في فقههم نوعاً واحداً ، لوحدته مبنياً ،
وهو الاكراه الملجئ ، ، وأما غير الملجئ ، ، فليس اكراهاً ، لانثقاً علة
الاضطرار فيه (١) الناشئة عن الرهبة .
وحدة أثر الاكراه بنوعيه ، على التصرف القولي

وأياً ما كان ، فالاكراه بنوعيه (١) من الملجئ وغير الملجئ ، سواء
من حيث تأثيرهما (٢) على التصرف القولي القابل للفسخ في فقه الحنفية
كالبيع أو الاجارة اذ كلاهما يعدم الرضا (٣) ، فحكهما واحداً
بالنسبة الى هذا التصرف فيبطله ، أو يفسده ، أو يوقفه ، أو يجعله
غير لازم على الخلاف الذي بيناه في فقه المذاهب .

(١) جاء في التلويح مع التوضيح : " وحقيقة الاختيار هو النقص
الى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه
على الآخر ، فان استقل الفاعل في قصده صحیح ، والا ففاسد
ج٢ ص ١٦٦ وما يليها .
(٢) يقول صاحب التلويح : " يكون الاكراه ، اما ملجئاً يضطر الفاعل
الى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس ، أو ما هو في معناه ،
كالعضو ، واما غير ملجئ ، ، بأن يتمكن الفاعل من الصبر
من غير فوات النفس أو العضو " .
- المرجع السابق .

(٣) أما ان الاكراه بنوعيه الملجئ وغير الملجئ ، يعدمان الرضا
فذلك لأن بقا الاختيار حتى في الملجئ ، ، لأهون الشرين
(١) أو أخف الضررين يتم مع عدم الرضا ، بأى منهما .

شمة التفرقة بين الاختيار والرضا منشأ تقسيم الاكراه الى نوعيه
تظهر في العقود الخمسة .

غير أنه فيما يتعلق بالعقود الخمسة ، من الزواج والطلاق ،
والمعاق ، والرجعة ، واليمين ، تظهر شمة التفرقة بين الرضا والاختيار
في اجتهاد الحنفية ، خلافا للجمهور . في هذه العقود .
وبيان ذلك ، أن هذه العقود التي لا تحتل الفسخ ولا يوسر
فيها الهزل ينص الحديث (١) ، لا يعتبر فيها الرضا ، وجودا وهما
حتى اذا انعدم الرضا بالاكراه ، بقي التصرف منعقدا صحيحا نافذا
وأثره ملزما ، في اجتهادهم اذ لا عبرة بانعدام الرضا فيها ، بل
يكفي بأصل الاختيار على ما قدمنا ، خلافا للجمهور الذين لا يعرفون
هذه التفرقة ، فيؤثر في هذا العقود انتفاء الرضا او نساد الاختيار
لأنهما أمر واحد ، فلا تصح بل تبطل أو تصبح غير لازمة وقد رجحنا
هذا الرأي .

— هذا ، وقد أمرنا آنفا الى أن مستند الحنفية في ذلك هو
قياس الاكراه على الهزل ، بجابح انتفاء الرضا بالآثار في كل منهما
وبينا أنه مع الفارق .

ولذا ، لم يفرق الجمهور بين التصرفات القولية ، من حيث كونها
قابلة للفسخ ، أو غير قابلة ، ليتطبق حكم الاكراه عليها ، فكان

(١) " ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد . . الحديث " .

واحد لا يختلف بالنسبة اليها جميعا . (١)

(١) قد علمت أن الحنفية ، يقعون طلاق المكره ، وزواجه ، ورجعته
ويمينه ، ويستدلون على ذلك ، بأنها تثبت مع الهزل ، فمع
الاكراه ، أولى .

أما ثبوتها مع الهزل ، فبإحدى حديث : " ثلاث جدهن جد ،
وهزلهن جد ، الطلاق والنكاح والرجعة " .

وقالوا في توجيه استدلالهم ، أنه مادام لم يمتنع الوقوع مع
وجود ما يضاد الجد ، فلأن يمتنع بسبب الاكراه أولى ، لأن الاكراه
لا يضاد الجد ، فإنه اكراه على الجد ، وأجاب على ذلك ، وإنما
ضد الاكراه الرضا - المبسوط ج ٢٤ ص ٤١ ص ٤٢ .

- هذا ، يبلغ استدلال الحنفية على ما ذهبوا اليه من وقوع طلاق
المكره وزواجه ، ورجعته وما اليها .

وأما أدلة الشافعي ، فقد استدلت بحديث " رفع عن امتي الخطأ
والنسيان وما استكرهوا عليه " ومقتضى هذا ، كما يقول الامام الشافعي
أن يكون حكم كل ما استكره عليه عفواً ، ولأن القصد الى ما وضع
له التصرف شرط جوازه ، ولهذا لا يضح لتصرف الصبي والمجنون ،
وهذا الشرط يفوت بالاكراه ، لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع
له ، وإنما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه " .

- الهدائع - ج ٢ - ص ١٨٢ .

ومفهوم هذا ، بطلان تصرفات المكره باطلاق ، ما كان من العقود الخمسة
التي لا تحتل الفسخ ، وما عداها ايضاً ، وهو مذهب مالك
وأحمد - اعلم الموقعين ج ٤ ص ٤٣ - ولا شك أن الاكراه الملجئ
هو الحمل على الفعل بغير قصد الفاعل والراجع مذهب الجمهور .

الاكراه النفسي غير المباشر :

هذا ، وذهب المالكية ، وبعض الحنفية (١) ، الى أن
شمة نوعاً آخر من الاكراه النفسي أو المعنوي غير المباشر ، وذلك
بأن يقع الاكراه أو الوعيد به ، على أحد والذى المكره ، أو كليهما
أو ابنه أو زوجته ، أو ذى رحم محرم منه ، وهو معدم للرضا (١)

(١) المبسوط - ج ٢٤ - ص ١٤٣ - ص ١٤٤ - الخطاب
ج ٤ ص ٢٥٠ - ص ٢٥١ - وجاء في المادة ٢٨٢ من
مرشد الحيران أن " الاكراه يمس الوالدين ، والاولاد
وغيرهم من ذى رحم محرم ، أو بغيرهم ، بعدم الرضا .

شروط الاكراه :

قلنا ان الاكراه هو حمل الغير ، دون وجه حق ، بوسيلة مرهبة على ابرام عقد ، دون رضاه (١) والحامل قادر على ايقاع ماهدد به بحيث يحدث الرهبة فعلا في نفس المكسره .
وعلى ضوء هذا التعريف ، وما ورد فيه من محترزات ، يمكن ان تستنبط شروط الاكراه التي تحدد مناطه الذي يستتبع حكمه في الوقائع ، وهو الخوف أو الرهبة ، ونوردها فيما يلي :

(١) هذا ، وقد عرفته المجلة تعريفا عاما يشمل التصرفات الفعلية والقولية ، حيث نصت على أن الاكراه : اجبار أحد على أن يعمل عملا بخير حق ، من دون رضاه ، بالاخافة " مادة ١٤٨ والعمل يشمل التصرف القولي والفعلية .
أما صاحب كشف الاسرار ، فقد عرفه بأنه " حمل الغير على أمر يمتنع عنه ، بتخويف ، يقدر الحامل عليه ايقاعه ، ويصير الغير خائفا به ، فائت الرضا بالمباشرة ج ٤ - ص ١٥٠٢ وهذا التعريف فضلا عن عمومته ، يبدوا أكثر تفصيلا ، بما أورد فيه محترزات ، تتضمن شروطه ، تحديدا لمناطه .

اولاً : أن يكون الاكراه بغير وجه حق ، ولقد انعقد الاجماع على هذا (١) ومنشأ حكم هذا الاكراه عصمة الغير ، في نفسه وماله ، كما قدمنا .

ثانياً : أن يكون المكروه (بكسر الراء) قادراً على ايقاع ما هدد به وبغير ذلك لا يحدث الاكراه " الرهبة " في نفس المكروه ، اذ بها يتحقق مناط الاكراه ، ولو أقدم المكروه على تنفيذ ما أكره عليه وهو يعلم أن المكروه غير قادر على تنفيذ ما هدد به ، لا يتحقق الاكراه ولا يستتبع بالتالي حكمه ، لانقضاء ما تحدث

(١) المهذب ج ١ ص ٢٥٧ الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٦ - الشرح الكبير لأبي الفرج ج ٤ ص ٥ - جاء في الشرح الكبير للدردير في تقرير هذا الشرط بانصه : " أما لو أجبر على البيع ، جبراً حلالاً كان البيع لازماً ، كجبره على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق ، أو القبرة ، ومن الجبر الحلال ، الجبر على البيع لأجل وفاة ما عليه من اخراج الحق " المرجع السابق .

ويقصد بالجبر الحلال ، ما كان بوجه حق ، ويشير الاسم الدردير الى أن اساس كونه بوجه حق ، أن يكون اداءً لحق الله تعالى ، مما يتعلق به مصلحة عامة مشروعة تقضي على الحق الفردي الخاص ، فيكره على أدائه قسراً ان لم يقم به اختياراً وطوعاً ، أو اداءً لحق شخصي ، يوجب العدل ايصاله الى مستحقه رغماً عن المدين ، اذ تعينت في الأداء مع كونه

بسه الرهبة (١) والخوف .

ثالثا : أن يغلب على ظن المكروه ، أن المكروه (بكسر الراء) القادر على ايقاع ما هدد به ، جاد في تهديده ، وأنه سيوقعه فعلا ، فان لم يساوره هذا الظن الغالب ، فلا يتحقق مناط الاكراه ، اذ غلبة الظن بذلك هي التي من شأنها أن -
تحدث الرهبة في نفسه .

رابعا : أن تكون الوسيلة او الامر المكروه به من شأنه أن يحدث ضررا مرهبا مخوفا ، سواء أكان مابدا او معنويا وهذه مسألة نسبية تختلف باختلاف حالات الاشخاص (٢) وأعمارهم

(٥) واجدا قادرا عليه . هذا ، ولا يعتبر الاكراه بحق عذرا بل يلزم المتصرف بآثاره وفيه اشارة الى أن حكم الاكراه بخير حق هو عدم اللزوم .

(١) المبسوط - ج ٢٤ - ص ٣٩ - البدائع ج ٧ ص ١٧٦ -
الام ج ٣ ص ٢١٠ - المهذب ج ٢ ص ٧٨ المغني ج ٨
ص ٢٦١ .

(٢) وخالف في ذلك بعض الحنابلة ، حيث اشترطوا أن يكون الاكراه بدنيا فحسب ، ودون مراعاة لاختلاف احوال الناس ، وهو رأى ضعيف ، لما أشرنا من مناط الاكراه هو " الرهبة " وهذه قد تنشأ بعير الاكراه البدني ، ولا ريب أن الناس - في الواقع - متفاوتون من حيث الاستعداد النفسي لنشوء الرهبة - المغني ج ٨ ص ٢٦١ .

ومنزلتهم فما يرهب المرأة قد لا يرهب الرجل ، وما يرهب
الشيخ قد لا يرهب الشاب ، وما يخشاه العلماء وذوو المكانة ، قد لا يكون
له وزن في نفوس غيرهم من العامة ، وهكذا .
ولا يقتصر هذا بالبداية على الوسائل التي تحدث ضررا بدنيا ،
بل الاكراه النفسي أو المعنوي ، معتبر ايضا ، كما قدمنا ، اذ المناط
هو الرهبة وهذا رهن باختلاف الاحوال والمكانة الاجتماعية عادة ، والحنفية
قد أشاروا الى ذلك في ض. ظهم لوسيلة الاكراه حيث قالوا : " كل ما يجلب
غما ، وينعدم به الرضا (١) " وهذا غير مقصور على الاكراه
الحسي أو البدني من الضرب والقتل ، والقطع ، وما اليه على أن ثمة
ضابطا عاما يتسم بالموضوعية والمادية ، لا الذاتية ، للأمر المكروه به ،
وهو القتل أو بتر أحد الاعضاء أو تعطيلها ، أو الضرب والتعذيب
البدني الشديد الذي من شأنه أن يقضي الى ذلك ، فهذا ما يتحقق
به مناط الاكراه بالنسبة للكافة ، قطعاً وعلى هذا فلا يشترط في المكروه
(بكسر الراء) أن يكون بالغاً ، عاقلاً فلو كان صبياً ، أو مجنوناً
يتحقق منه الاكراه ، مادامت الوسيلة التي يهدد بها من شأنها أن تحدث
الرهبة ، كالتهديد باطلاق النار من مسدس يحمله صبي ، أو معتوه .
ولا يشترط كذلك أن يكون الاكراه صادراً من السلطان ، أو الدولة ،
على ما يرى أبو حنيفة ، رحمه الله ، بل يتحقق الاكراه ولو كان صادراً من
غيره ، كما يقول صاحبان ، وهذا اختلاف عصر وزمان .

ولا يشترط أيضا أن يكون الامر المهدد به واقعا
على المكره مباشرة ، بل يكفي في تحققه أن يقع على أحد
والدى المكره ، أو ابنائه ، أو زوجته أو ذى رحم محرم
منه كما بينا .
ونكتفي بهذا القدر ، والله ولي التوفيق .

(١) تبين الحقائق - ج ٥ - ص ١٨٢

• الاشياء والنظائر - ص ١٨٢ - للسيوطي .



صدر بإشراف لجنة الإنجاز

صغر المبيع للطلاب ١٥٠ ن.س